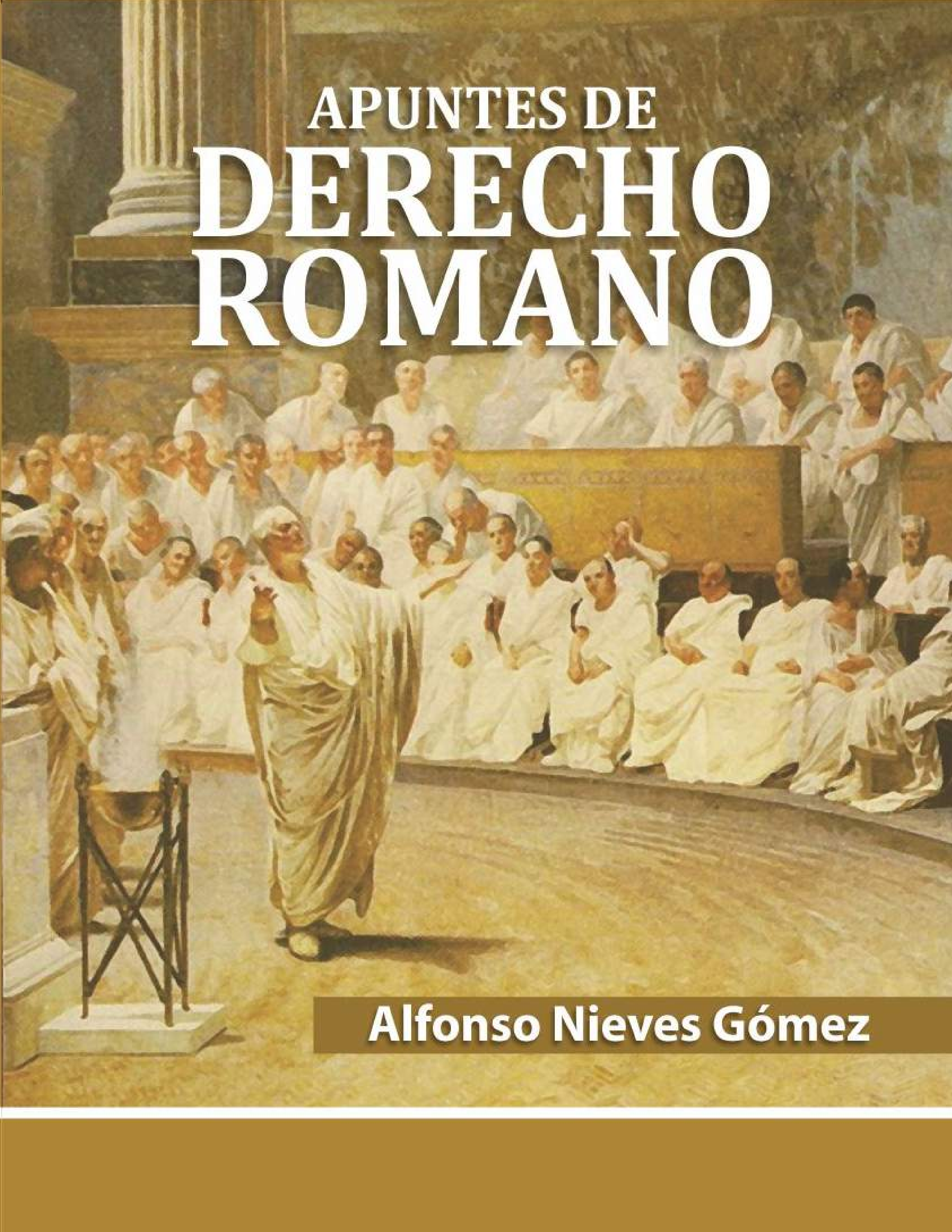

APUNTES DE
DERECHO
ROMANO
Alfonso Nieves Gómez

APUNTES DE DERECHO ROMANO

Alfonso Nieves Gómez

APUNTES DE DERECHO ROMANO
Autor: Alfonso Nieves Gómez

ISBN: 978-958-8621-49-4
Primera Edición, 2010 América del Sur
Teléfonos: 661147- 6561379
Editorial Universidad Libre, Sede Cartagena

Diagramación e Impresión:
ALPHA EDITORES

Cartagena de Indias, Colombia Año 2014

Universidad Libre
Pie de la Popa Calle. Real # 20-177 Cartagena de Indias.
Colombia América del Sur Teléfonos: 6661147- 6561379

Contenido

7. FORMA DE LA REPRESENTACIÓN

8. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

9. MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR VIA DE EXCEPCIÓN

10. OBLIGACIONES CORREALES

11. OBLIGACIONES ACCESORIAS

PRÓLOGO

SOBRE EL "CORPUS IURIS CIVILIS".

Por Narciso Castro Yanes
(Decano de la Facultad de Derecho)

El honor otorgado para escribir un prólogo, es un acto de confianza, respeto y aprecio, que en alguna forma compromete la libertad intelectual de quien lo recibe, y tiene para éste la significancia del deber y la responsabilidad, no exentos de riesgo bilateral, por la carga subjetiva implícita en la valoración de la importancia del asunto en cuestión.

En lo del riesgo, el profesor Alfonso Nieves Gómez ha asumido el suyo, al discernirlo con generosidad. Quien lo recibe, a su vez, lo siente y se atemoriza, por no ser experto en lo específico de la obra, en la que su autor ha invertido largas horas de trabajo investigativo, olvidándose del solaz y el descanso a los cuales tiene suficiente derecho.

Personalmente, siempre he visto con prevención y algo de matiz negativo los exordios, y en lo posible los esquivo, porque en muchos de ellos he hallado actitudes proconsulares, orientadas a enfatizar veladamente en el "yo", soslayando la propia e incorregible egolatría, para situar en un plano subalterno lo prologado, aparentando elogiarlo.

Cosa parecida se observa en el proceder de los que gestionan por encargo o por iniciativa propia diplomas, medallas y diversos reconocimientos, no siempre merecidos, ni ausentes de mezquinos intereses subjetivos, sino con el de promover u obtener retribución económica, ascenso en la escala social, borrar o disipar máculas, merecer gracias, o con la secreta esperanza de avecindar a ellos los que creen les corresponden.

Por eso, poco gusto de los prólogos y a algunos ignoro, pero en el caso del honor que me hace el profesor Nieves Gómez, lo recibo como un deber para con quien fuera uno de mis mejores maestros en el aula de clases de derecho, un hombre sencillo, probo y culto, que está más allá del bien y del mal, a quien le importa un bledo que su innata y casi enfermiza modestia pueda ser confundida atrevida y groseramente con fruslería.

En mi recorrido por las páginas de "Apuntes de Derecho Romano", evoqué tiempos idos, cuando me sumergía en las salas de cine para ver, "Quo Vadis", "Atila frente a Roma" y otros clásicos del celuloide, pero la degustación de ese infolio, también la aproveché para devolverme con emoción y alegría al aula de la Universidad de Cartagena, en que el entonces magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena abrumaba a

sus discentes con temas sobre la esclavitud, el nacimiento y extinción de las obligaciones, el ius civitatis y el ius civilis romanorum.

Nieves Gómez los trasladaba a escenarios del Imperio Romano, en desarrollo del tema de las personas "cosa" –-- los esclavos ---- de cuya vida y bienes podía disponer el dominus a sus anchas, el cual iniciaba arqueando las cejas, dejando formar en su frente pequeñas ondas, en contraste con la lisura y brillantez de su cráneo despoblado, antecedida esa parte de la clase con un verdadero rito: tres golpes secos descargados sobre su escritorio con el anillo de oro asido al dedo anular de su mano derecha.

La lectura de "Apuntes de Derecho Romano" apasiona por la claridad de su enfoque y la sencillez de la descripción de las instituciones del derecho romano. El acceso a esa obra de gran factura intelectual, sin otro calificativo que no necesita por su valor intrínseco, es una experiencia muy grata para los experimentados en la ciencia jurídica, y lo será aún más, para los que aspiran a escogerla como su destino profesional.

Los jóvenes y viejos estudiantes de abogacía, a quienes principalmente está dirigida, tienen a la mano un texto de fácil comprensión, que sin duda alguna será trascendente en su proceso formativo. En la medida que ello ocurra, estarán satisfechos el anhelo y esfuerzo del profesor Nieves Gómez, quien la concibió pensando que en su presente vital, y después de èl, sirve y seguirá sirviendo a muchos. Esa es tal vez su mejor recompensa, luego de andar un largo trecho en el que ha logrado cambiar en forma positiva muchas vidas, a través del aporte esforzado, sincero y paciente de su cátedra.

Epílogo de estas palabras, como el momento más feliz de alguna clase aburrida, que es su final, es que he respetado en forma absoluta la intangibilidad del texto, y no he incurrido en el desaguisado de intentar ocupar el lugar del autor, sino referenciarlo, aunque ello parezca presuntuoso, por lo axiomática de la referencia. Prueba de ese aserto es que, adrede, las instituciones de que trata el libro no están analizadas, porque las explicaciones que hace el profesor, además de magistrales, son más que suficientes.

La lectura de la obra didáctica que recomendamos sin reservas, será un rico descubrimiento para los que se inician en la carrera de derecho, o un magnífico recordatorio para los consagrados, de que en materia jurídica Roma dejó una impronta imborrable en muchos otros países, entre ellos felizmente Colombia.

Tener "Apuntes de Derecho Romano", es regresar a la escuela de jurisprudencia llevado de la mano de una persona estudiosa, metódica y amable, a quien sus alumnos admiran por su sapiencia y al que aluden con cariño con el vocativo de profesor Nieves.

INTRODUCCIÓN

Como fruto de largos años como profesor de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, ha podido salir a luz pública como contribución al estudio de esta materia, estos breves apuntes que entrego a los estudiosos de la ciencia de Justiniano, especialmente y con deferencia a las distintas generaciones a quienes he tenido el altísimo honor de ser escuchado por más de 18 años.

No es un tratado, ni tiene pretensiones de serlo, es el esfuerzo que a través de estos apuntes o conferencias, ven la luz pública, constituyendo un análisis comparativo entre las normas que rigieron a la antigua Roma y las que están vigentes en el Derecho Civil Colombiano, con el objeto de contribuir modestamente a que se pueda determinar la diferencia entre una legislación y otra, como también el proceso de evolución de muchas de ellas. Esto con el objeto de reforzar la teoría - en mi concepto equivocada que considera el Derecho Romano como una materia sin vigencia, y, por ende, sin ninguna importancia.

Ninguna persona que se digne tener medianos conocimientos de Derecho, puede ignorar la constante y decisiva influencia del Derecho Romano en el Derecho Civil, concepto éste que es fácil advertir en las distintas legislaciones modernas, que lo acogen sin mayores reparos, especialmente la francesa.

He procurado emplear una metodología clara, moderna y didáctica, a fin de hacer llegar a quienes tengan la oportunidad de conocer el contenido de esta síntesis, un concepto muy diáfano a su interpretación y análisis.

Finalmente, quiero agradecer la oportunidad que me han brindado las autoridades universitarias durante mis años de profesorado, lo cual ha hecho posible la entrega de este trabajo a la consideración de mis ocasionales lectores.

I

Concepto de Obligación

TESIS I

Es un vínculo jurídico entre dos o más personas que les imponen la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

1.1 DIFERENCIA ENTRE LOS EFECTOS QUE PRODUCEN LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES

a) El derecho real da un poder sobre la cosa sin respecto de determinada persona, es decir, hay una relación entre una persona y una cosa, materia de él. En el derecho personal la relación es entre una persona llamada acreedor y otra llamada deudor.
b) El derecho real supone una relación directa entre la persona y la cosa, relación que se llama JUS IN RE, o sea, derecho en la cosa, mientras que el personal tiene relación denominada JURE AD REM, o sea, derecho hacia la cosa.
c) El derecho personal podía reclamarse de ciertas personas que por un hecho o un acto o la sola disposición de la ley, han contraído obligaciones correlativas. No hay en el derecho real un sujeto pasivo determinado a cuyo cargo se halle el cumplimiento de una obligación.

1.2 DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN. SEGÚN JUSTINIANO

"OBLIGATIO EST JURIS VINCULUM QUO NECESSITATE ADSTRINGIMUR ALICUJUS SOLVENDAE REI, SECUNDUM NOSTRAE CIVITATIS JURA" (La obligación es un vínculo jurídico que nos impone la necesidad de satisfacer o pagar a otro una cosa según el derecho de nuestra ciudad).

1.3 ELEMENTOS DE ESTA DEFINICIÓN

a) Un vínculo jurídico, es el que une a los sujetos de la obligación.
b) la acción del acreedor contra el deudor, es el derecho que tiene el titular de este para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación.
c) Un objeto sobre el cual recae la obligación, debiendo ser: Física y jurídicamente posible, tener un precio, ser lícito y determinado.
d) Un sujeto activo, es el titular del derecho y está respaldado por la ley para constreñir al deudor al cumplimiento de la obligación, puede ser de una o mas personas.
e) Un sujeto pasivo, es la parte que debe extinguir la obligación.

1.4 ¿CÓMO NACIAN LAS OBLIGACIONES ENTRE LOS ROMANOS?

Las obligaciones nacían ya de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley; según emanaran de ello se llaman contractuales, delictuales, cuasidelictuales y cuasicontractuales. En el derecho moderno y en nuestra legislación, conforme al artículo 1494 C.C., "las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o mas personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado, y en todos los cuasicontratos, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a una persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

1.5 CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones se clasifican en naturales y civiles. Naturales son aquellas que no están provistas de acción civil, pero que sin embargo producen algunos efectos de derecho. Efectos:

a) La obligación natural no daba al acreedor ninguna acción por lo cual no podía exigir su cumplimiento. Art.110 C.C.- Esponsales.
b) Excluía la condictio indébite: El deudor que había pagado no podía repetir, porque había pagado una deuda.
c) Podía garantizarse con prenda e hipoteca, después de reconocida.
d) Era susceptible de compensación; con ella podía excepcionarse.

Si el acreedor era demandado por una acción civil y por una cantidad mayor a la recibida, podía excepcionarse por la compensación o mediante la exceptio dolí a su deudor natural que lo persiguiera con la acción civil.

Las obligaciones civiles son aquellas que conllevan una acción que demanda su cumplimiento.

1.6 CONCEPTO DE CONVENCIÓN

Los romanos definieron la convención como un acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo propósito y que encierra los elementos constitutivos de toda convención, como lo son: consentimiento, capacidad y objeto (Se propone crear, modificar o extinguir una obligación).

1.7 ELEMENTOS DE LA CONVENCIÓN Y DEL CONTRATO

Son: Consentimiento, capacidad, objeto, y algunos autores modernos agregan la Causa.

1.8 DEFINICION DE CAPACIDAD

Es la aptitud jurídica de una persona para contratar, contraer derechos y obligaciones.

1.9 LOS INCAPACES

La incapacidad es la excepción a la regla general de la capacidad para contratar. Existen incapacidades para contratar que abarcan toda clase de contratos o incapacidades especiales para celebrar determinados contratos.

En el Derecho Romano la incapacidad general podía depender de las siguientes causas:

a) De la edad de los contratantes
b) De ciertas afecciones o alteraciones mentales
c) Del sexo
d) De la prodigalidad
e) Del estado de la esclavitud

1.10 INCAPACIDAD PERMANENTE PROVENIENTE DE LA EDAD

Para los efectos de la capacidad para contratar, en el Derecho Romano, se dividían las edades en periodos así: infancia, mayor infancia, pubertad y mayores de 25 años.

Menores hasta los 7 años - Incapacidad absoluta.

De 7 a 14 años - Incapacidad relativa, sus actos podían ser revalidados por la intervención del tutor, Las mujeres púberes sujetas a tutela perpetua se asimilaban a éstos.

Mayores de 14 y menores de 25 - tenían plena capacidad, como tesis general: las actuaciones del tutor o curador no aumentaban tal capacidad, solo servían para aconsejarlos y ayudarlos en la administración de su patrimonio; pero el mayor de 14 años que hubiera pedido curador permanente se considera relativamente incapaz hasta la edad de 25 años, pudiendo pedir la vaenia aetatis o habilitación de la edad a los 20 años si era varón y a los 18 si era mujer.

Todas las obligaciones de los menores de 25 años y mayores de 14, eran válidas en razón de su capacidad, pero eran fácilmente beneficiados con la integrum restitutio que daba al Pretor cuando había lesión enorme y tal beneficio no se otorgaba a dichas personas por ser menores, si no por ser lesionadas.

Los mayores de 25 años = Eran capaces

1.11 LOS ALIENI JURIS

Eran los hijos de familia sujetos a potestad. En Roma eran capaces porque su calidad no les mermaba la capacidad para contratar, que era superior a la de los esclavos. Los hijos de familias podían contratar siempre que fueran púberes, sea cual fuere su edad. Sus adquisiciones entraban al patrimonio común del Pater Familiae, por ministerio de ley. A diferencia del esclavo podía obligarse personalmente y podía por si y en su nombre, demandar a su deudor judicialmente, podía obligarse por sus contratos, y si no tenia patrimonio propio y peculio castrense, se obliga para mas tarde, cuando heredase el patrimonio paterno, pero si tenía peculio, entonces éste servía para hacerle efectiva la obligación sin que el padre figurase en la deuda. Si el padre autorizaba al hijo para contraer obligaciones, éste se hacía solidario con el hijo, y así, el acreedor podía instaurar una acción contra ambos.

1.12 LOS ESCLAVOS

La condición jurídica del esclavo era la de un patrimonio sujeto al poder absoluto del amo o dominus; este tenía sobre el esclavo un derecho real de una persona sobre un bien patrimonial; esa condición de esclavo subsistió por mucho tiempo, en la época de Justiniano la condición jurídica era la siguiente:

No podía contraer matrimonio, sus uniones sexuales era de hecho no de derecho, y se denominaba contubernium, no podía enajenar por cuanto no tenia patrimonio propio.

EL ESCLAVO NO OBLIGA AL AMO, por cuanto el esclavo no podía ser sujeto activo ni pasivo de acciones judiciales, porque no podía serlo de derecho. El amo o dueño adquiría por medio de su esclavo. Las causas de la esclavitud eran: el nacimiento, así nace esclavo el hijo de la madre esclava; por cautividad, por condena penal, por las manus injectio por eludir el servicio militar, por robo, por causar ofensas al derecho de gentes, por sustraerse al Censo.

II

El Hijo de Familia en Cuanto a los Contratos

TESIS II

El hijo de familia podía contratar directamente comprobando que era púber, así las obligaciones contraídas quedaban a su cargo, pero si era impúber quedaban a cargo del páter familiae.

En el derecho moderno, y en especial en nuestra legislación los menores no pueden contratar directamente, si no por medio de su padre, tutor, o curador.

Pudiendo tener un patrimonio del cual solo tenían la NUDA PROPIEDAD puede ser administrado por el padre o por el tutor o curador. Del patrimonio del hijo tiene el padre el derecho al usufructo.

2.1 CAPACIDAD JURÍDICA DEL HIJO DE FAMILIA

Bajo la República Romana, el hijo de familia no podía adquirir si no en cuanto adquiría para páter familiae, es decir, los bienes adquiridos por él pasaban a formar parte del patrimonio del páter familiae. Esta acción es similar a la de los esclavos, con la diferencia que el esclavo no era considerado persona en las relaciones jurídicas. Debe recordarse las excepciones referentes al peculio castrense, adventicio, etc.

2.2 PUBERES

En Roma llamábanse púberes los menores, hijos de familia, mayores de 14 años el varón y 12 la mujer, y menores de 25 años. Tenían plena capacidad aunque podía solicitar el nombramiento de un curador para demostrar su falta de capacidad para administrar sus bienes.

2.3 MUJERES IN MANU

Era la que quedaba bajo la potestad in manus del marido cuando contraía matrimonio de las formas solemnes de la conferreatio, el usus, quedando así en calidad de hija del marido. Es de advertir que el usus no fue propiamente una solemnidad si no una forma curiosa de la constitución de la manus en el matrimonio.

2.4 HOMBRES LIBRES IN MANCIPIUM

Primero veamos lo que es MANCIPIUM. Era una potestad adquirida sobre una persona libre, en el derecho civil, mediante la mancipatió que el páter familiae hacia del hijo sometido a patria potestad, o de quien a este estuviera asimilado, a favor de un tercero.

El hombre in mancipium quedaba en situación de semi-esclavo, tenia la condición semejante al esclavo en cuanto se hallaba sometido al poder del dominus, necesitaban ser manumitido para salir de esta situación. En derecho era considerado como persona libre: Podía ser ciudadano, tener patrimonio, contratar, en algunos casos, obligar al dominus con sus contratos. Estaba LOCO SERVIS: esta institución desapareció con Justiniano.

2.5 QUIENES ERAN SUI JURIS

Eran las personas que no estaban sujetas a la potestad de otro. Se subdividían en capaces e incapaces. Los primeros tenían aptitud jurídica para actuar por sí solos en la vida civil. Los segundos eran las personas que carecían de dicha aptitud.

2.6 IMPUBERES

La pubertad en Roma era el estado comprendido de los 7 a los 14 años para el hombre y hasta los 12 para la mujer.

Tenían cierto grado de capacidad, ésto es, podían contratar en los actos que hicieran mejorar su condición. Aplicando esta regla el impúber mayor infante, podía contratar para hacerse acreedor, para obtener la condonación de una deuda, para adquirir el dominio u otro derecho real sobre una cosa; pero para constituirse deudor necesitaban la autoritas de tutor.

2.7 LOS DEMENTES

En Roma se consideraban dos clases de locos o dementes: Los furiosi, que eran todos aquellos que se hallaban totalmente privados de la razón y sus actos o contratos celebrados eran absolutamente nulos.

Y los mente capti que eran aquellas personas que teniendo anomalías mentales tenían momentos de lucidez, celebraban un contrato en uno de estos momentos y el contrato surtía sus efectos.

2.8 PRODIGOS

Eran aquellos que habitualmente disipaban sus bienes, y en consecuencia eran privados de la administración de su patrimonio por medio de un decreto especial judicial; eran sometidos a interdicción en el manejo de sus bienes, tal como sucede en el Derecho Civil moderno. Pero la incapacidad del pródigo o disipador interdicto no era absoluta; podía adquirir, pero no enajenar, hacerse acreedor, pero no obligarse.

2.9 MENORES DE 25 AÑOS

Ya nos hemos referido a los menores de 25 años al tratar de los impúberes, infantes, púberes y por regla general todos los menores de 25 años son incapaces, ya que en Roma se adquiría la mayoría de edad luego de cumplir 25 años.

2.10 LA INTEGRUM RESTITUTIO

Era una acción extraordinaria encaminada a deshacer los efectos de un contrato ya cumplido, que hubiera sido obra del dolo de algunas de las partes. Por medio de esta acción se restituían las cosas al estado que tenían antes de que el contrato fuera celebrado.

2.11 CONSENTIMIENTO

Es el acuerdo de voluntades de dos o más personas, respecto a una prestación. Solo era eficaz en las personas capaces, y en los incapaces se confundía el no consentimiento con la falta de capacidad.

El consentimiento debía surgir de la voluntad libre de cada contratante, sin coacción; debía ser recíproco y estar dirigido hacia el mismo objeto.

2.12 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

En el Derecho Romano y en el Derecho Colombiano (Art.1508 C.C.). Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: el error, fuerza y dolo. Algunos tratadistas modernos agregan la lesión enorme.

El ERROR es el concepto equivocado que se tiene de una cosa. En el Derecho Romano el error destruía el consentimiento en solo tres casos, fuera de ello solo viciaba el consentimiento. Los tres casos en los cuales destruye el consentimiento los estudiaremos a continuación.

2.13 ERROR EN CUANTO A LA NATURALEZA DEL CONTRATO

(Error in natura conventionis). Tenía lugar este error cuando las partes se equivocan respecto a la clase de contrato que estaban celebrando. Ejemplo: Si una de las partes entiende compraventa y la otra donación, no hay acuerdo de voluntades, lo cual equivale a faltar el consentimiento.

2.14 ERROR EN CUANTO EL OBJETO

(Error incorpore). Es la segunda clase de error estudiada de los romanos, era este el error en cuanto a la identidad material del objeto; también equivale a la falta absoluta de consentimiento, como si A entiende vender un caballo y B entiende comprar una vaca.

2.15 ERROR EN LA PERSONA (Error in personae).

Esto ocurría en aquellos casos en que el motivo principal del contrato se hacía en consideración a la persona, (intuitu personae) como en la sociedad en que se cree negociar con Jorge X y otra persona del mismo nombre entiende ser ella el mandatario y en ese convencimiento se celebra el contrato, en tal caso no ha habido identidad en cuanto al mandatario, por consiguiente, ha faltado el consentimiento. Es también el caso de la persona que desea le haga un cuadro un determinado artista en quien valora su especial competencia y lo realiza otro.

Estas tres clases de errores, como ya habíamos dicho, destruyen el consentimiento impidiendo la formación de los contratos (Son los hoy llamados por los franceses ERROR OBSTÁCULO). Hay otra clase de error que no destruye el consentimiento si no que lo vició, como lo es el error sobre la sustancia.

2.16 ERROR SOBRE LA SUSTANCIA

Este vicia el consentimiento cuando recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, éste es, cuando esa sustancia o calidad es diversa de lo que se cree.

2.17 EL DOLO

Es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Siendo uno de los vicios del consentimiento. Si bien el dolo es la intención positiva, esta debe manifestarse en forma exterior, debe materializarse.

Así mismo, el dolo no se presume si no en los casos especiales previstos por la ley (Art.1516 C.C.) en los demás debe probarse.

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando además, aparece que sin él no se hubiera contratado. En los demás casos solo da lugar a indemnización de perjuicios; contra las personas que lo han fraguado por el total de los perjuicios, y contra las personas que se han aprovechado de el, hasta por el provecho que han reportado del dolo (1516 C.C.).

En Roma se conoció la clasificación del DOLO BUENO (dolo bonus) y DOLO MALO (dolo malus), el primero consistía en las habilidades desarrolladas por un negociante y que no estaban vedadas por el derecho. El dolo malus, eran los manejos fraudulentos desarrollados por una persona, con el fin de inducir a otra por medio de ellos, a prestar su consentimiento en el contrato. Cuando el dolo era obra de una de las partes y cuando sin el no se hubiera contratado se establecieron las siguientes acciones:

Actio dolí Exceptio dolí La in integrum restitutio

LA ACTIO DOLI, era aquella por medio de la cual el deudor que no hubiera sido demandado aún, podía tomar la iniciativa encaminada a anular en sus efectos el contrato que hubiera sido obra del dolo de su acreedor. Veamos un ejemplo:

Si X contrata con Y, X observa o advierte que contrató como consecuencia del dolo de la otra parte, hace uso de la ACTIO DOLI, le advierte a Y, si éste no resuelve anular el contrato, X podrá ante el Pretor demandar mediante la actio doli con el fin que se deje sin valor el contrato celebrado en virtud del dolo de la otra parte.

LA EXCEPTIO DOLI, era la acción que tenía lugar cuando el deudor víctima del dolo era demandado para el cumplimiento de la obligación. En el lugar y en la forma legal correspondiente alegaba como excepción el dolo empleado por su demandante en el contrato, y si lo probaba era librado de la condena judicial.

Para poder utilizar la exceptio dolí se necesita como requisito sine qua non la presentación de la demanda por parte del acreedor; debe recordarse que la exceptio (excepción) es un medio de defensa que tiene el demandado.

LA INTEGRUM RESTITUTIO, que era la acción extraordinaria encaminada a deshacer los efectos del contrato ya cumplido, que hubiera sido obra del dolo del acreedor.

Por medio de esta acción se restituían las cosas al estado que tenían antes, como si el contrato no se hubiera celebrado.

Cuando el dolo no era obra de uno de los contratantes, sino de un tercero no viciaba el consentimiento; solo podía dar lugar a una indemnización de perjuicios por el tercero autor de él; las consecuencias del dolo tenían cierto carácter de sanción civil contra el contratante que lo hubiera empleado, consistiendo la sanción en la invalidez del contrato.

Nuestro Código Civil consagra la misma doctrina del Derecho Romano acerca de los efectos del dolo contractual.

2.18 LA VIOLENCIA O FUERZA

Consistía en actos de fuerza material o moral capaces de intimidar u obligar a una persona o prestar su consentimiento en un contrato.

Cuando el negocio ha sido celebrado bajo presión de violencia física, no se tiene por válido. La violencia hacia perder el consentimiento, uno de los requisitos suyos como es la libertad, pero el Derecho Romano lo reconoció al principio como motivo para destruir el consentimiento, más si como vicio (tamen coactus volui = consentí a pesar de la coacción). Por eso el Pretor creó las siguientes acciones; la ACTIO QUOD METUS CAUSA; la EXCEPTIO QUOD METUS CAUSA; LA INTEGRUM RESTITUTIO.

LA ACTIO QUOD METUS CAUSA, era la acción por medio de la cual el deudor víctima de la violencia en el contrato, podía adelantarse a demandar la nulidad de éste.

LA EXCEPTIO QUOD METUS CAUSA, era la acción que tenía el deudor demandado para pedir al juez la excepción para el cumplimiento de la obligación por el hecho de haber sido violentado a celebrar el contrato.

La integrum restitutio era la acción extraordinaria, tratada al hablar del dolo y que venía a deshacer los efectos del contrato ya cumplido.

En la violencia o fuerza existía el consentimiento viciado de los contratantes ya hubiera sido de una de las partes o de un tercero. En este se diferencia del dolo, que solo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes contratantes.

Existe una diferencia jurídica entre la falta de consentimiento y el consentimiento viciado: en el primer caso: no existe el contrato a los ojos de la ley y no produce sus efectos; en el segundo caso; el consentimiento viciado permite el nacimiento del contrato pero con una existencia imperfecta, pudiendo sanearse por los medios establecidos en la ley y el contrato así producir sus efectos.

2.19 ¿EN QUE CONSISTIA EL OBJETO?

El objeto es el elemento principal de todo contrato. Es la obligación que se crea, modifica o extingue por medio del contrato. La obligación tiene a la vez por objeto, bien sea la entrega de una cosa, en propiedad, posesión o simple tenencia, bien la ejecución de un hecho determinado. Esa entrega, ejecución o no ejecución de un hecho determinado viene a constituir el objeto del contrato.

Materializando aún más, puede decirse, como lo hace nuestro código civil en su artículo 1517,...debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer, esto es, el hecho positivo o negativo que se trata de entregar, ejecutar o no ejecutar.

2.20 CONDICIONES PARA QUE EL OBJETO SEA VALIDO:

En Derecho Romano eran:

a) Debía ser posible, no era posible cuando jurídicamente o físicamente era imposible. La imposibilidad física era la que contrariaba las leyes de la naturaleza, como por ejemplo, entregar la luna. La imposibilidad jurídica era la que provenía de la imposibilidad legal de que determinadas cosas fueran objetos de contratos, tales como las llamadas res diviní juris.

No debe confundirse la imposibilidad física del objeto con la inexistencia del mismo, en el momento de celebrar el contrato. Una cosa puede no existir en determinado momento y sin embargo ser posible su existencia. La imposibilidad del objeto anula el contrato. La inexistencia de la cosa podía ser absoluta cuando no existe ni se espera su existencia, y relativo cuando la cosa no existe en el momento del contrato pero se espera su existencia. En el primer caso el contrato era nulo en el derecho romano y en nuestra legislación: En el segundo caso tenía y tiene validez, si se espera la existencia del objeto.

b) Debía ser lícito, esto es, no debía contrariar las leyes de la moral, el orden público y las buenas costumbres, cuando el objeto del contrato era un hecho (obligaciones de hacer).

Para que haya objeto ilícito no es indispensable que el hecho materia del contrato sea constitutivo de delito; basta que sea inmoral.

c) Debía ser suficientemente determinado. Esto es, no es necesario que la determinación del objeto llegue hasta indicarlo en su individualidad. En este respecto se ha conocido desde el Derecho Romano la clasificación de cosas de género y especies o cuerpos ciertos, advirtiéndose que la palabra especie no debe entenderse en el mismo sentido que tiene en la filosofía.

Cosas de género, son de derecho, aquellas que pertenecen a determinada especie y que no están señaladas en su individualidad, ejemplo: diez caballos, cinco vacas. En Roma prevaleció el aforismo: el género no perece (genera non pereunt) por lo general las cosas de genero son cosas fungibles y pueden ser reemplazadas por otras equivalentes; no así las de especie o cuerpo cierto por las cuales se entiende una cosa determinada, como el caballo tal, tal cosa comprendida dentro de determinados linderos, que no pueden ser remplazados por otros.

La excepción en las cosas de cuerpo cierto la constituye el DINERO, ya que puede ser cosa fungible y cuerpo cierto a la vez; cosa fungible en cuanto puede ser remplazado por otros billetes de idéntica denominación, y cuerpo cierto por la voluntad del dueño, que haya formado una colección de billetes, que para el no tengan sustitución como tales, al prestarlo para su exhibición.

d) Debía tener un valor económico CAUSA. Para determinar los perjuicios en caso de pérdida del objeto. Nuestro Código Civil en su artículo 1524 dice: "no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla".

La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causas el motivo que induce al acto o contrato: y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o el orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

El objeto debía ser, en el contrato, materia de prestación apreciable en dinero, destinado al acreedor y no a otra persona. No se celebran contratos por un puro capricho; deben tener alguna finalidad práctica y útil desde el punto de vista económico. Y si no se cumple la obligación el deudor debe indemnizar los perjuicios equivalentes al valor del objeto no

satisfecho y siempre ese valor se estima en dinero. Por eso en el Derecho Romano no se permitieron las estipulaciones a favor de otro, ALTERI ESTIPULARE NEMO POTEST, fue el principio general que imperó sobre la materia. El Derecho Romano no podía concebir que siendo X el contratante, pudiera el objeto de un contrato aprovechar a un tercero que no hubiera contratado; no existió el principio de la representación en los contratos.

No hay efecto sin causa. Los entes jurídicos contrato y obligación, considerados como efectos, no pueden sustraerse a este principio. Deben tener causa que los hagan surgir a la vida jurídica. De ahí surgió la TEORIA DE LA CAUSA, aplicada al contrato y a la obligación, aun cuando no todos los expositores la conciben de la misma manera. En los primeros tiempos del derecho, todo contrato debía estar revestido de determinadas formalidades externas para que surgiera a la vida jurídica. Y esas formalidades eran suficientes para que tuviera existencia el contrato, aun cuando en realidad, no se hubiera efectuado los hechos a que ellas se referían. Se consideraba entonces que la causa del contrato y de la obligación se hallaba en las formalidades externas, que en cada caso, debían perfeccionar el contrato.

Se consideraba como causa, en esta materia, el conjunto de elementos que, según la ley, era necesario para que el contrato surgiera a la vida jurídica, ya que se tratara de determinadas clases de contratos, ya que se considerara el contrato en general.

Si aquellos elementos esenciales faltaban en todo o parte, se consideraba que no había CAUSA suficiente del contrato, y, por consiguiente, este no podía tener existencia legal. Por último, los romanos designaron el objeto de las obligaciones con estos tres verbos:

DARE: tomado en el sentido de transferir la propiedad;
FACERE: Equivalente a ejecutar un hecho, y comprendía NON FACERE, no hacer.
PRESTARE: Transferir o entregar la tenencia de la cosa.

2.21 CLASES DE CONTRATOS

Las clases de contratos son: unilaterales, bilaterales, principales, accesorios, reales, solemnes y consensuales.

a) UNILATERALES: Son aquellos contratos que generan obligaciones a cargo de una sola de las partes contratantes, ejemplo, el mutuo o préstamo de consumo, que es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad (art. 2221.C.C.).

b) BILATERALES: son aquellos que generan obligaciones recíprocas a cargo de todas y cada una de las partes contratantes, tales como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad. Hay algunos tratadistas que consideran que en ellos la causa es la misma para las partes. Se llaman contratos bilaterales o sinalagmáticos perfectos, cuando desde su nacimiento las obligaciones son recíprocas. Son imperfectos cuando desde su nacimiento o desde su perfeccionamiento solamente genera obligaciones para una sola de las partes y accidentalmente para las dos, así por ejemplo: el arrendamiento en donde la obligación principal, la de pagar, es permanente y corresponde al arrendatario; mientras que las obligaciones secundarias como los arreglos ocasionales no son permanentes y están a cargo del arrendador.

c) PRINCIPALES: Son aquellos que pueden existir por sí solos, sin necesidad que accedan a otro, por ejemplo, compraventa, el arrendamiento.

d) ACCESORIOS: Son aquellos que no pueden existir si no al lado de otro que se dice principal. Ejemplo, la hipoteca, prenda y la fianza. "La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o dos personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplir en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple" (2361 C.C.).

Existía en el Derecho Romano, como en el nuestro, lo que se denomina beneficio de excusión, que es un derecho renunciable, por el cual se exonera al fiador o codeudor de cumplir con la obligación del deudor principal, cuando éste no la ha cumplido, demostrando que éste tiene bienes con los cuales puede extinguir la obligación.

e) REALES: Son aquellos en los cuales se requiere la entrega de la cosa material del contrato, para que tuvieran existencia legal, ejemplo: el mutuo (art. 2221 C.C.) el comodato (art. 2200 C.C.), el depósito (2236 C.C.) y la prenda (art. 2409 C.C.).

f) SOLEMNES: Son aquellos que para su perfeccionamiento necesitan del cumplimiento de determinadas formalidades externas, como por ejemplo, el nexum o préstamo de dinero.

g) CONSENSUALES: (solus consensus obligat), son los que se perfeccionan con el solo acuerdo de voluntades de las partes o consentimiento manifestado en cualquier forma; ejemplo, la compraventa de bienes muebles.

"La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio" (art. 1857.C.C.).

2.22 COSAS DE LA ESENCIA, NATURALEZA Y ACCIDENTALES DE LOS CONTRATOS

Se denominan cosas esenciales aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir, no puede surgir el campo del derecho; así si no hay objeto, o si no hay consentimiento, falta un elemento de la esencia del contrato.

Son cosas accidentales aquellas que no tienen mayor trascendencia en la obligación, ejemplo: si se celebra un contrato de arrendamiento y se acuerda pagar en cualquier forma, semanal, mensual, diaria, etc., es un requisito accidental del contrato. Una cosa es el pago y la otra muy distinta la forma de pago; el primero es de la esencia del contrato, mientras que el segundo es un requisito accidental.

Son cosas naturales de los contratos o de su naturaleza, los que no sean de la esencia o que no sean accidentales. Bajo el punto de vista de la naturaleza del hecho jurídico que engendra la acción, se dividen los contratos en: RE (reales), verbis (verbales), litteri (literales), consensuales (consensu), división adoptada por Justiniano en el texto de las Institutas.

Clasificando los contratos atendiendo a la índole de las acciones que los mismos originan, llámase de BUENA FE Y DE ESTRICTO DERECHO. En los primeros la extensión de los derechos se haya sujeta cada una de las partes, se regula por la equidad y buena fe; en los segundos, el alcance de la obligación queda invariablemente determinado por la letra misma del contrato.

"La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio..."

"La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece presunción contraria." (Art. 768 y 769 C.C.)

III

Antiguos Sistemas Contractuales

TESIS III

Formalismo - en el más antiguo Derecho Romano solo había contratos solemnes. La forma primitiva única en los primeros tiempos fue el NEXUM, consagrados en las doce tablas en estos términos: QUOM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA MUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO" (cuando se celebre el nexum y el mancipium, conforme la lengua haya declarado, así sea la ley).

Este contrato se celebra mediante una ceremonia semejante a la mancipatio: como entraba en el nexum la balanza y la pesa de cobre y se pronunciaban palabras solemnes ante las partes contratantes, esta ceremonia se denominaba PER AES ET LIBRAM (por el cobre y la balanza). Las partes comparecían ante el pretor con cinco ciudadanos romanos púberes, pronunciaban determinadas palabras solemnes destinadas a determinar la naturaleza y efectos del contrato y se pesaba, al mismo tiempo, en la balanza determinada cantidad de cobre, según parece, equivalía, en los primeros tiempos al dinero prestado. Cuando se perfeccionó la acuñación de la moneda y se emplearon otros metales en su fabricación, no se pesaba si no que se contaba, conservándose la primitiva ceremonia solemne per aes est libram como medio para perfeccionar el nexum.

3.1 CONTRATOS VERBIS

Eran aquellos que se perfeccionaban mediante la oralidad, o sea, las palabras establecidas (ritualidades o formalidades) y se conocieron en Roma: DICTIO DOTIS, JURATA PROMISSIO LIBERTI, STIPULATIO.

a) DICTIO DOTIS. Era la forma solemne de constituir una dote por el padre de la mujer que se casaba, en favor del marido, para ayudarle a llevar las cargas del matrimonio. La dote se constituía unas veces de presente, mediante una cesión de bienes dótales, hechas por la MANCIPATIO, por la TRADICTIO o por la INJURE CESSIO o de futuro, otorgando una obligación a favor del marido en la forma solemne de la DICTIO DOTIS, con la cual se declaraba que tales bienes dótales, quedaban constituido a favor del marido.

b) JURATA PROMISSIO LIBERTI. Se acostumbraba para manumitir esclavos, exigirle ciertas promesas sobre prestación de algunos servicios; éstas eran exigidas antes de manumitir al esclavo, bajo juramento, con la cual lo vinculaban en el juego interno; y una vez manumitido le exigían ratificar, en forma solemne la antigua promesa que, por haber sido juramentada lo había vinculado moralmente y que siendo ya hombre libre,

lo obligaban con acción civil, el esclavo antes de ser manumitido se comprometía a no participar en actos o conspiraciones contra su antiguo dueño.

c) SPONSIO. Del latín spondere (promesa) era una forma solemne para dar firmeza a los contratos permitida a los ciudadanos romanos, debiendo celebrarse en latín utilizando el verbo spondere. Posteriormente evolucionó en el sentido de permitirse a los peregrinos cambiando su forma original a otra llamada: STIPULATIO que viene de stipulus (firme), pues como se había dicho, servía para dar fuerza a los contratos. En su forma la Estipulatio era una interrogación hecha por el acreedor estipulante y una respuesta dada por el promitente o presunto deudor, y relación gramatical y jurídica entre la pregunta y la respuesta.

Para que fuera valida se necesitaba:

1. Una pregunta oral del que pretendía hacerse acreedor y una respuesta afirmativa e igualmente oral del también presunto deudor. El acreedor preguntaba: ¿PROMITIS DAR QUINQUE AUREOS? Y el deudor contestaba: PROMITIO.

   El stipulatio podía hacerse en cualquier idioma que entendieran los contratantes. Si eran ciudadanos romanos se hacía en latín y utilizaban el verbo spondere, y los peregrinos usaban el verbo PROMITIRE Y DARE. En el anterior requisito se necesitaban incluir claramente el objeto de la obligación que se trataba de CONSTITUIR y la respuesta del deudor debía comprender expresa o tácitamente, dicho objeto.

2. No podía tener lugar cuando no se hallaran presente las partes. No era accesible a los mudos y a los sordos.

3. Era indispensable que hubiera concordancia gramatical y jurídica entre la pregunta y la respuesta. Si la pregunta abarcaba cosa distinta de la que contenía la respuesta, o el mismo objeto, pero en condiciones diferentes, la estipulación no valía ya que el consentimiento debía dirigirse al mismo objeto.

   Pero llegó a admitirse, que si había discrepancia entre la pregunta y la respuesta y el acreedor se adhería a la promesa hecha por el deudor, conviniendo en la promesa hecha por éste, la estipulación valía, porque así se realizaba la unidad de objeto con relación al consentimiento de ambos contratantes.

   La estipulatio fue un contrato de derecho estricto.

4. Era necesario que hubiera continuidad entre la pregunta y la respuesta, a fin de que pudiera saberse con precisión que la respuesta del deudor se refería a la pregunta del acreedor, hecha en el mismo acto y no a otra cosa.

3.2 CONTRATOS LITTERS.

Entre los romanos era aquel que requería el elemento de la escritura, no solo AD PROBATIONEM, es decir, como medio de prueba, sino AD SOLEMNITATEM, esto es, como formalidad esencial para su existencia jurídica.

Era costumbre entre los ciudadanos romanos llevar diariamente en apunte privado de sus entradas y salidas, en un libro denominado ADVERSARIA, en el que el páter familia anotaba todas sus operaciones, ingresos y egresos, créditos, gastos etc., luego las pasaba a un libro en limpio llamado CODEX o TABULAE el cual hacia fe entre sus ciudadanos por la escrupulosidad con que era llevado.

Los varios actos que se anotaban en ese libro se llamaron NOMINA, equivalente hoy a cuentas. En primer lugar se encontraban la ARCARIA NOMINA, partidas correspondientes a ingresos y egresos en efectivo y que era prueba de que no constituía al contrato litteres. Daba testimonio de las operaciones hechas u obligaciones contraídas anteriormente. Esto lo atestigua un pasaje de las Institutas de Gayo: ARCARIA NOMINA OBLIGATIONIS, SED OBLIGATIONIS FACTAE, TESTIMONIOM PRAEBERE (las cuentas de caja no forman ninguna obligación, si no que suministran testimonio de la obligación ya formada).

La segunda clase de cuentas era la que se denominaban EXPENSILATIO, derivada de expensum ferre, llevar o dar por cargado.

EXPENSILATIO, era una inscripción distinta a la arcaria, pues se referían estas a operaciones reales y efectivas, descritas en el libro, mientras que expensilatio fingía una erogación de una suma de dinero para ciertos fines lícitos y se solemnizaban con la inscripción en el CODEX. La expensilatio servía en la práctica para varias especies de negocio: donaciones, aperturas de créditos, constitución de este, etc.,

Operaciones estas que no suponían una obligación preexistente (EXPENSILATIONES), mientras que otras, llamadas NOMINA TRANSCRIPTIVA si se presumía un vínculo anterior de obligación.

La EXPENSILATIO se aplicaban, por ejemplo, a las donaciones así: el donante convenía con el donatario en abonarle un crédito gratuitamente disfrazándolo de deuda a su cargo y autorizando al donatario para que, con su CODEX hiciese figurar al donante como su deudor por dinero prestado: EXPENSUM FERRE. Este convenio perfeccionaba el contrato por la inscripción, en el libro del donatario. Esta fue la primera forma del contrato litteris, La EXPENSILATIO servía como solemnidad contractual, no como simple medio de prueba como la ARCARIA NOMINA. El donante quedaba obligado litteris por la inscripción hecha en el libro de su acreedor, como elemento ad solemnitatem.

También se aplicaba la expensilatio para constituir una dote; el esposo adquiría la dote de futuro en forma de obligación otorgada por el constituyente, quien autorizaba a aquel para que en su libro CODEX hiciera figurar como deudor al constituyente, por el valor de la dote. Esto pudo constituirse después de un pacto otorgado por el padre, por un deudor de la mujer o de ella misma cuando era sui juris, en favor del futuro marido.

Servía la expensilatio para abrir créditos, especialmente a los banqueros; el cliente de esto conseguía un crédito y era autorizado por el banquero para hacerlo figurar en el codex como deudor; el banquero a su vez le abría en su libro de crédito respectivo. La inscripción que constituía la esencia misma del contrato (litteris) era la que se hacía en el libro del adquiriente, quien así podía obligar al promitente a cumplir con el compromiso aceptando los giros que hiciera a cargo suyo hasta cubrir el monto del crédito anotado en el codex. El adquiriente o mutuario, figuraba como acreedor en su propio libro, anotando en él una erogación ficticia hecha a favor del banquero; a medida que este iba cubriendo los giros que hacia iba anotándole, en la otra columna del libro, las cantidades pagadas, según los respectivos giros.

NOMINA TRANSCRIPTICIA. Esta era: *a re in* persona. y a personan *in personan,* cuando no había cambio en la persona si no en la causa de la obligación.

La primera, se hacía cuando lo que a uno se le debía por tal causa, (venta, permuta, etc....) se convenía en hacerlo figurar como proveniente de un préstamo. Por ejemplo: Cesar me debía 200 sestercios como resultado de la venta que le había hecho, conveníamos en que yo le cancelara en mi libro la cuenta por venta y le abriera una nueva cuenta a título de préstamo, por lo que se convertía el contrato de buena fe en uno de derecho estricto. Yo le abonaba en el folio de su cuenta “acceptum a cesar centum” y así quedaba saldada la cuenta ficticia, y así el me quedaba debiendo por otra causa, sin cambio de persona.

La segunda, se hacía cuando siendo yo, por ejemplo, acreedor de Juan, conveníamos con Pedro en que este sea en adelante mi deudor y yo le cancelaré la obligación a Juan, abonando en mi libro, la suma que el me debía, abriéndole o anotándole la deuda a Pedro.

OTROS CONTRATOS LITTERIS, bajo Justiniano: QUIROGRAFO, era un documento unilateral en un ejemplar con la firma del deudor, se celebraba únicamente en original.

SINGRAFOS, son contratos litteres bilateral celebrados en original y copia, firmado el original y la copia por el deudor y el acreedor.

En el derecho civil colombiano, que no se inspira en el formalismo como en el antiguo quiritario, los pocos contratos solemnes que existen son los que se perfeccionan mediante el otorgamiento de escritura pública, como la de compraventa de inmuebles, hipoteca, etc.

IV

Entre que Personas Producen Efectos los Contratos

TESIS IV

La regla general es que los efectos de los contratos se reflejan en relación con las personas contratantes, con los terceros, con relación a los herederos y con relación a aquellos que tienen créditos quirografarios.

En Roma, los contratos producían efectos entre las partes que los llevaban a cabo, porque allá no existió la representación. Toda obligación contractual lleva una garantía general constituida sobre el patrimonio el deudor, principio de derecho natural universalmente aceptado. Toda obligación personal da derecho a perseguir la ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose, los no embargables designados en el Articulo 1677 C.C.

4.1 DERECHOS DE PERSEGUIR EL PATRIMONIO

La regla general del Derecho Romano era: que el patrimonio del deudor constituía prenda común tácita de sus acreedores, por lo tanto, siguiendo este lineamiento nos damos cuenta de que el acreedor podría constreñir a su deudor al pago de una obligación (Artículo 2488 del C.C).

4.2 LOS CONTRATOS PRODUCIAN OBLIGACIONES PERSONALES, NO TRNSFERIAN POR SI SOLOS EL DOMINIO, NI NINGUN OTRO DERECHO REAL

En nuestro régimen, al igual que el Derecho Romano, los contratos no hacen mas que producir obligaciones; así se puede vender algo que no se tenga en su poder al momento de la venta, con tal que se tenga el dominio de ella, en la fecha en que se ha de entregar, admitiéndose inclusive la venta de la cosa ajena sin perjuicio de los derechos de su propio dueño, desde luego, por el solo contrato de la cosa comprada, aun sin necesidad de la tradición.

En el derecho civil colombiano la PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO no produce la obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: a) Que la promesa conste por escrito; b) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece al Artículo 1611 C.C.; c) Que la promesa tenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; d) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado (art. 1611 C.C).

4.3 ACCION PAULIANA

Toma el nombre del pretor Paulo siendo así de derecho pretoriano, y no de Derecho Civil, se dirigía contra la persona del deudor que había enajenado de mala fe alguno sus bienes, y también contra los terceros adquirientes de la cosa enajenada en perjuicio de los acreedores. Era consecuencia del principio jurídico de que el patrimonio del deudor es prenda común tácita del acreedor. El pretor Paulo estableció esta acción en beneficio de los acreedores, encaminada a obtener la anulación o rescisión de los actos o contratos de enajenación llevados a efectos por un deudor en fraude de sus acreedores. Para su éxito era necesario: EVENTUS DAMNIS, o sea, el evento de un daño para los acreedores. CONSILIUM FRAUDIS, o sea la intención fraudulenta por parte del deudor enajenante de causar daño a su acreedor.

Hay que distinguir qué clase de contrato celebra el deudor con las terceras personas: si el contrato que celebra el deudor con la tercera persona es a título gratuito hay que probar la mala fe del deudor aun cuando el tercero adquiera los bienes de buena fe.

Si el contrato que el celebra el deudor con la tercera persona es a título oneroso, hay que probar la mala fe de ambos, es decir, tanto la del deudor insolvente como la del tercero que adquirió a sabiendas de que el deudor se está insolventando para no cumplir la obligación.

4.4 OBLIGACIONES NATURALES

Son aquellas que no están provistas de acción civil; solo obligan en conciencia, pero sin embargo, producen efectos en derecho. Hay dos clases de obligaciones naturales: 1) las que desde un principio son naturales, y 2) las que siendo en un principio civiles, han cesado en virtud de una sentencia y se convierten así en naturales, o ya ha cesado por extinción de una acción. Ejemplo: si antes de la litis contestatio era una obligación civil después de ella, abandonando el pleito por un año, caducaba la acción y no se podía intentar la demanda, si la intentaba se rechazaba como excepción perentoria. Extinguida así la acción, quedaba subsistente una obligación natural. Hay obligaciones en las cuales el acreedor no puede exigirlas por medio de la acción civil correspondiente como en el caso o circunstancias siguientes: a) cuando el deudor ha sufrido la capitis diminutio; b) cuando la obligación ha sido contraída por un menor sin la autorización del tutor; c) por falta de pruebas; y d) por la prescripción, con la cual se convierte en obligación natural.

La prescripción debe solicitarla la parte interesada al juez (2513 C.C.).

4.5 EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

a) Excluía la condictio indébiti, el deudor natural que había pagado no podía repetir, porque había pagado una deuda; b) La obligación natural podía garantizarse con fianza, prenda o hipoteca; c) Era susceptible de compensación; d) No podía exigirse por medio de acción civil, pero con ella podía excepcionarse; e) Si el acreedor de una obligación natural era demandado con una acción civil y por una cantidad mayor de la recibida, podía excepcionarle por compensación o por la exceptio dolí a su deudor natural que la persiguiera con una acción civil.

4.6 OBLIGACION CIVIL

Son aquellas que están acompañadas de acción para demandar su cumplimiento (nuestro código civil trata de estas en su Art. 1527).

Siempre que se demostraba que la causa de la destrucción no era motivo de negligencia, o que de todos modos el cuerpo cierto hubiera parecido en poder del dueño, y si no se había incurrido en mora LOS CUERPOS CIERTOS DESAPARECEN PARA SU DUEÑO.

Tratándose de cosas in génere o fungibles si ha considerado y se considera hoy que los géneros no perecen, es decir, que las cosas fungibles se reemplazan por otras de igual calidad y en la misma cantidad. Así quien debe cualquier cosa fungible, no puede alegar perdida fortuita aun cuando haya perdido el género en realidad, pues las cosas fungibles son sustituibles.

Si la pérdida de la cosa cierta sucedía por la culpa del deudor este era obligado a indemnizar de los perjuicios al acreedor porque NADIE PUEDE ALEGAR LA CULPA PROPIA PARA QUEDAR EXONERADO DE RESPONSIBILIDAD, en materia civil.

Distinguieron, sin embargo los romanos entre la CULPA IN OMITENDO, o sea, la culpa por hechos imputables al tenedor de la cosa; y LA CULPA IN COMITENDO, o sea, la culpa por la exigencia exagerada o en exceso a la existencia misma del cuerpo cierto.

4.7 TEORIA DE LA MORA

El deudor estaba en mora, en Roma, por regla general, cuando había sido requerido para pagar, salvo en casos excepcionales. Excepciones: FUR MORAN SEMPER FACERE VIDETUR

(el ladrón siempre esta creando la mora o esta constituido en mora). Así si el ladrón se roba el objeto de la obligación siendo él tenedor de la cosa, se constituía en mora si robaba el objeto de la obligación a otra persona creaba la mora.

La expresión DIEZ INTERPELLAT PRO HOMINE (el día notificaba al hombre) no era aceptada en el Derecho Romano, hoy sí se puede aplicar este aforismo como regla general, salvo en el contrato de arrendamiento por lo que generalmente el Arrendador hace que el Arrendatario la renuncie en su favor.

Conforme al art. 1608 del Código Civil "el deudor está en mora:

1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en los casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora;
2) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada, sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;
3) En los demás casos cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

4.7.1 EFECTOS DE LA MORA

La mora causaba perjuicios al acreedor y constituía la culpa del deudor, quien no podría invocar a su favor el caso fortuito, a menos que, probare que la cosa también había perecido de igual manera en manos del acreedor.

La mora podía ser también por parte del acreedor cuando llegado el plazo se negaba a recibir el objeto de la obligación; en este caso, el deudor por medio de la consignación hacía el pago ante el pretor. Otro efecto de la mora, es permitir el cobro de interés más altos.

4.8 TEORIA DE LAS CULPAS

Los romanos clasificaron la culpa en grave o lata y culpa leve.

La culpa grave se asimilaba al dolo en sus efectos civiles, porque implicaba una intención dañina. La culpa leve solo demostraba un descuido muy grande o una conducta imperdonable, en que no incurría si quiera una persona ordinariamente descuidada en el manejo de sus haberes, a este tipo de culpa los romanos la subclasificaban en LEVIS IN CONCRETO y LEVIS IN ABSTRACTO.

LA CULPA LEVIS IN CONCRETO, consistía en un hecho u omisión (hecho que no se efectúa o acto que no se realiza) perjudicial en que no incurría o no hubiera incurrido la persona obligada por el contrato en el manejo de sus propios actos.

LA CULPA LEVIS IN ABSTRACTO, Consistía en hechos, descuidos u omisiones en que no incurre un padre de familia muy diligente y cuidadoso (padre de familia modelo). En el Derecho Colombiano la división de las culpas es diferente a la del Derecho Romano Antiguo, conforme al art. 63 del C.C. las culpas se dividen en: Grave o Lata, Leve y Levísima.

A MAYOR BENEFICIO MAYOR RESPONSABILIDAD A MENOR BENEFICIO MENOR RESPONSABILIDAD

Son principios de Derecho Romano.

1) Cuando el contrato se celebraba a favor de una de las partes, como en el contrato de comodato o préstamo de uso, el comodante respondía por la culpa grave (tiene un mínimo de responsabilidad, por el hecho de responder por una sola clase de culpa) y el comodatario hasta la máxima. Esto por cuanto una sola de las partes reporta todo el beneficio comodatario.
2) Cuando el contrato beneficia a ambas partes, los contratantes tenían la misma responsabilidad y ambas respondían hasta de la culpa levis in abstracto, en cuestiones de responsabilidad los Romanos no fueron equitativos, ya que no es admisible que hayan establecido la misma pena para los contratos en que una sola de las partes obtiene beneficios (comodatario) y para aquellos contratos en que ambas partes lo reportan (PRENDA).
3) Contratos de Sociedad: Que implica la administración de bienes en donde los contratantes respondían de la "culpa levis in concreto" fue considerada especialmente para este tipo de contratos.

En el contrato de depósito tanto en el Derecho Romano como en el nuestro, se tiene en cuenta lo que persigue ese contrato. En el derecho civil colombiano el Depósito es gratuito.

El beneficio lo reportaba el depositante y no el depositario, éste presta un servicio y responde de la culpa grave, mientras el depositante responde hasta la culpa leve in concreto. El depositario incurría en culpa grave cuando se demostraba que había descuido, dolo o mala fe porque dejó la cosa abandonada a fin de perjudicar al depositante.

4.9 CULPAS DELICTUALES

Son aquellas que no provienen del ejercicio de las obligaciones del contrato, sino, como consecuencia de un hecho delictuoso. Podían ser: IN COMITENTO o IN OMITENDO.

IN COMITENTO: Era aquella por ejemplo: Cuando el Comodante entrega el Comodatario un animal para la reproducción exclusivamente y éste, le imponía una carga superior a la que resiste la capacidad física del animal.

IN OMITENDO: Cuando se omite una obligación por parte de los contratantes como por ejemplo: No se suministra alimento o agua al animal objeto del contrato.

En el Derecho colombiano la división de las culpas es diferente al Derecho Romano Antiguo, conforme al art. 63 C.C. las culpas se dividen en: graves o latas, leve y levísima.

A MAYOR BENEFICIO MAYOR RESPONSABILIDAD; A MENOR BENEFICIO MENOR RESPONSABILIDAD

En el Derecho Romano se respondían por las culpas así:

1. Cuando el contrato se celebraba a favor de una de las partes como en el comodato o préstamo de uso, el comodante respondía solo por la culpa grave (tiene un mínimo de responsabilidad por el hecho de responder por una sola clase de culpa) y el comodatario hasta la máxima. Esto por cuanto una sola de las partes reporta todo el beneficio.
2. Cuando el contrato beneficia a ambas partes los contratantes tenían la misma responsabilidad y ambas respondían hasta de la culpa levis in abstracto. En cuestión de responsabilidad los Romanos no fueron equitativos ya que no es admisible que haya establecido la misma pena para los contratos en que solo una parte obtiene beneficios, y para aquellos en que ambas partes lo reportan,

4.10 CONTRATO DE SOCIEDAD

Que implica la administración de bienes en donde los contratantes solo respondían de la culpa Levis in Concreto (fue considerada para esta clase de contratos).

4.11 CONTRATO DE DEPÓSITO

Tanto en el Derecho Romano como en el nuestro se tiene en cuenta lo que persigue este contrato. ..En el derecho civil colombiano el depósito como en el romano es gratuito. El beneficio lo reportaba el depositante y no el depositario. Este presta un servicio y responde de la culpa grave, mientras que el depositante responde hasta la culpa levis in concreto. El depositario incurría en culpa grave cuando se demostraba que había descuido, dolo o mala fe, porque dejó la cosa abandonada a fin de perjudicar el depositante.

4.12 CULPAS DELICTUALES

Son aquellas que no provienen del ejercicio de las obligaciones del contrato, sino como consecuencia de la ejecución de un hecho delictuoso, podían ser IN COMITENDO o IN OMITENDO.

IN COMITENDO

Era aquella por ejemplo, cuando el comodante entrega al comodatario un animal para reproducción exclusivamente y éste le imponía una carga superior a la que resiste la capacidad física del animal. Puede el comodante incurrir en este tipo de culpa cuando entrega el cuerpo cierto para realizar un trabajo o servicio superior al de su capacidad física.

IN OMITENDO

Cuando se omite una obligación por parte de uno de los contratantes, como por ejemplo, no se le da alimentos o agua a un animal objeto del contrato.

4.13 TEORIA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

En el Derecho Romano esta teoría es consecuencia inmediata de la teoría de las culpas. El daño y perjuicio surge cuando no se cumple la obligación, se cumple parcialmente o se cumple extemporáneamente, todo daño origina la indemnización de los perjuicios, que deben ser tasados para la debida indemnización.

4.13.1 COMO SE FIJA EL MONTO DE LOS DAÑOS

Según el Dr. Carlos J. Medellín, los daños eran tasados:

a) Por el Juez
b) Por La Ley
c) Por las Partes

Según JUAN C. TRUJILLO ARROYO:

a) Las partes
b) La ley
c) El Juez

Consideramos ésta última clasificación como la más acertada.

El Juez tasa los perjuicios cuando las partes no se han puesto de acuerdo al respecto, y la ley no lo ha previsto debiendo hacerse con criterios de justicia y equidad.

Tanto en el Derecho Romano como en el nuestro, la Indemnización de Perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento, exceptuándose los casos en que la ley limita expresamente el daño emergente.

Entiéndase por Daño Emergente, el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento, y por Lucro Cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, retardando su cumplimiento" Art. 1614 del C.C.

Equivaliendo en el caso del daño emergente una pérdida para el acreedor al verse privado del objeto de la obligación.

Existió en Roma lo que se denominó: STIPULATIO POENAE que era una cláusula establecida para el cumplimiento absoluto de la obligación o para el caso de simple retraso o mora del deudor. En el primer caso, se designó como cláusula penal compensatorio y presenta el valor del objeto propio de la obligación y la utilidad perdida. En el segundo caso, se llamó

Cláusula Penal Moratoria: y no lleva envuelta el valor del objeto ni de la obligación, sino solamente el perjuicio sufrido por la demora en satisfacer ese objeto.

4.14 OBLIGACIONES DIVISIBLES

Como su nombre lo indica son aquellas que se pueden dividir:

Cuando el objeto de la obligación es la ejecución o no, de un hecho vgbr, la del Arrendador consistente en procurar que el arrendatario durante el contrato, use y goce tranquilamente la cosa arrendada, la obligación es indivisible porque aquel hecho no puede dividirse en cuotas materiales, y por consiguiente, si hay varios arrendadores, todos y cada uno de ellos deben responder de la totalidad del hecho debido.

La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación, depende, pues, de la naturaleza misma del objeto de ella y no de las estipulaciones de las partes.

4.15 OBLIGACIONES ACUMULATIVAS

La obligación tomaba este nombre cuando había varios objetos que vinculaban al deudor a otras tantas obligaciones exigibles a la vez.

4.16 OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

Eran las que recaigan sobre dos o más cosas pero no acumulativamente, sino disyuntivamente, es decir, que si el deudor entregaba una de las cosas, cumplía de la obligación y no estaba obligado a entregar la otra, aquí prima el consentimiento de las partes.

4.17 OBLIGACIONES FACULTATIVAS

En este caso no había sino un solo objeto, pero el deudor estaba facultado para librarse de a obligación entregando otra cosa, que estaba in facultate solutions.

V

Teoría de los Riesgos

TESIS V

Se basa principalmente en la distinción que debe hacerse entre cuerpo cierto y obligaciones de género u objeto de las obligaciones. Se apoyaba en los aforismo: INTERITU REI CERTAE DEBITUR LIBERATUR (por destrucción fortuita del cuerpo cierto el deudor queda libre) y GENERA NON PEREUNT (los géneros no perecen).

QUIEN CORRE EL RIESGO EN CASO DE PERDIDA DEL OBJETO? Cuando un deudor estaba obligado a entregar o cumplir una obligación y por causa fortuita o fuerza mayor el cuerpo cierto se destruía, la ley exoneraba de cumplir la obligación.

La expresión DIES INTERPELLAT PRO HOMINE (el día notificaba el hombre) no era aceptado en el Derecho Romano, hoy sí se puede aplicar este aforismo como la regla general, salvo en el contrato de arrendamiento (por lo que, generalmente, el arrendador hace que el arrendatario renuncie en su favor de los derechos del artículo 2035 C.C.)

Conforme el artículo 1608 C.C. "el deudor está en mora":

1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora;
2) cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada si no en cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;
3) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

5.1 EFECTOS DE LA MORA

La mora causaba perjuicios al acreedor y está incurriendo en culpa, para algunos casos y en cierto modo esto impedía al deudor invocar a favor suyo los casos fortuitos. A menos, que alegando la buena fe, se probare que la cosa también habría perecido de igual manera si estuviera en poder del acreedor.

La mora también podía ser por parte del acreedor cuando llegado el plazo, se negaba a recibir el objeto de la obligación. En este caso el deudor por medio de la consignación hacia el pago ante el pretor. Otro efecto de la mora es el permitir el cobro de intereses más altos (int. de mora).

5.2 TEORIAS DE LAS CULPAS

Los romanos clasificaron la culpa en GRAVE O LATA Y LEVE. La culpa grave se asimilaba al DOLO en sus efectos civiles, porque implica una intención dañina. La culpa leve solo demostraba un descuido muy grande o una conducta imperdonable, en que no incurría ni una persona ordinariamente descuidada en el manejo de sus haberes. A este tipo de culpa los romanos la subclasificaban en LEVIS IN CONCRETO y CULPA LEVIS IN ABSTRACTO.

5.3 LA CULPA LEVIS IN CONCRETO, consistía en el HECHO u OMISION (hecho que no se efectúa o acto que no se realiza) perjudicial en que no incurría o no hubiera incurrido la persona obligada por el contrato, en el manejo de sus propias cosas.

5.4 LA CULPA LEVIS IN ABSTRACTO, consistía en los HECHOS, DESCUIDOS u OMISIONES en que no incurre un padre de familia muy diligente y cuidadoso (padre de familia modelo). En el derecho colombiano la división de las culpas es diferente a la del derecho romano antiguo, conforme al Art. 63 C.C las culpas se dividen en: grave o Lata, leve y levísima.

A MAYOR BENEFICIO MAYOR RESPONSABILIDAD.

A MENOR BENEFICIO MENOR RESPONSABILIDAD.

En el derecho romano se respondía por las culpas así:

- Cuando el contrato se celebraba a favor de una de las partes, como en el comodato o préstamo de uso, el comodante respondía solo por la culpa grave (tiene un mínimum de responsabilidad, por el hecho de responder por una sola clase de culpa) y el comodatario hasta la máxima. Esto por cuanto una sola de las partes reporta todo el beneficiario (comodatario).
- Cuando el contrato beneficia a ambas partes, los contratantes tenían la misma responsabilidad y ambas respondían hasta la culpa levis in abstracto. En cuestión de responsabilidad los romanos no fueron equitativos ya que no es admisible que hayan establecido la misma pena para los contratos en que una sola parte obtiene beneficios (comodatario) y para aquellos en que ambas partes lo reportan. (Prenda).
- Contrato de sociedad, en que implica la administración de bienes en donde los contratantes solo respondían de la “culpa levis in concreto” (fue considerada especialmente para este tipo de contratos).

En los contratos de depósito, tanto en el derecho romano como en el nuestro se tiene en cuenta lo que persigue ese contrato. En el derecho civil colombiano ese depósito es gratuito.

El beneficio lo reportaba el depositante y no el depositario, este presta un servicio gratuito y responde de la culpa grave, mientras que el depositante responde hasta la culpa levis in concreto. El depositario incurría en culpa grave cuando se demostraba que había descuido, dolo o mala fe, por que dejó la cosa abandonada a fin de perjudicar al depositante.

5.5 CULPAS DELICTUALES. Son aquellas que no provienen del ejercicio de las obligaciones del contrato, si no como consecuencia de la ejecución de un hecho delictuoso. Podían ser: in comitendo o in omitendo.

5.6 IN COMITENDO era aquella, por ejemplo, cuando el comodante entrega al comodatario un animal para la reproducción exclusivamente y éste le imponía una carga superior a la que resiste la capacidad física del animal.

5.7 IN OMITENDO: Cuando se omite una obligación por parte de uno de los contratantes, como por ejemplo, no se suministra alimentos o agua a un animal objeto del contrato.

En el derecho colombiano la división de las culpas es diferente a la del derecho romano antiguo, conforme al Art. 63 C.C. las culpas se dividen en: Grave o lata, leve y levísima.

A MAYOR BENEFICIO MAYOR RESPONSABILIDAD

A MENOR BENEFICIO, MENOR RESPONSABILIDAD: Son principios del derecho romano.

5.8 EN EL DERECHO ROMANO SE RESPONDIAN POR LAS CULPAS ASI:

- Cuando el contrato se celebra a favor de una de las partes, como en el comodato o préstamo de uso, el comodante respondía solo por la culpa grave (tiene un mínimum de responsabilidad, por el hecho de responder por una sola clase de culpa) y el comodatario hasta la máxima. Esto por cuanto una sola de las partes reporta todo el beneficio (comodatario).
- Contrato de Sociedad: que implica la administración de bienes en donde los contratantes sólo respondían de la “culpa levis in concreto” (fue considerada especialmente para este tipo de contratos).

- Contrato de Depósito: tanto en el derecho romano como en el nuestro, se tiene en cuenta lo que persigue ese contrato. En el derecho civil colombiano el depósito es gratuito. El beneficio lo reportaba el depositante y no el depositario, éste presta un servicio y responde de la "culpa grave" mientras que el depositante responde hasta la "culpa levis in concreto". El depositario incurría en culpa grave si se demostraba que había descuido, dolo o mala fe, porque dejo la cosa abandonada a fin de perjudicar al depositante.

5.9 TEORIA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

En el Derecho Romano ésta teoría es consecuencia inmediata de la teoría de las culpas. El daño perjuicio surge cuando no se cumple la obligación, se cumple parcialmente o se cumple extemporáneamente. Todo daño origina la indemnización de los perjuicios, que deben ser tasados para la debida indemnización.

¿COMO SE FIJA EL MONTO DE LOS DAÑOS?

Según el Dr. Carlos J. Medellín, eran tasados por:
a) Por el Juez
b) Por la Ley
c) Por las partes

Según Trujillo Arroyo los fija:
a) Las partes
b) La ley y Por último el juez
Pareciéndonos esta última clasificación la más acertada.

El Juez tasa los perjuicios cuando las partes no se han puesto de acuerdo al respecto, y la ley no lo ha previsto debiendo hacerse con criterio de justicia y equidad.

Tanto en el Derecho Romano como en el nuestro, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptuándose los casos en que la ley limita expresamente el daño emergente.

Entiéndase por DAÑO EMERGENTE el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento; y por LUCRO CESANTE, la ganancia o provecho que deja de reportarse a

consecuencia de no haberse cumplido a la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, retardando su cumplimiento" (Art.1614 C.C.).

Equivaliéndose en el caso del daño emergente, una pérdida para el acreedor al verse privado del objeto de la obligación.

Existió en Roma lo que se denominó: SIPULATIO POENAE que era una clausula establecida para el cumplimiento absoluto de la obligación o para el caso de simple retraso o mora del deudor. En el primer caso se designó como CLAUSULA PENAL COMPENSATORIA y presenta el valor del objeto propio de la obligación y la utilidad perdida. En el segundo caso, se llamó CLAUSULA PENAL MORATORIA y no lleva envuelta el valor del objeto ni la obligación, sino solamente el perjuicio sufrido por la demora en satisfacer ese objeto.

5.10 OBLIGACIONES DIVISIBLES

Como su nombre lo indica, son aquellos que se pueden dividir. Cuando el objeto de la obligación es la ejecución o no ejecución de un hecho, v.gr., la del arrendador consiste en procurar que el arrendatario, durante el contrato, use y goce tranquilamente la cosa arrendada, la obligación es indivisible porque aquel hecho no puede dividirse en partes materiales ni de cuotas, y por consiguiente, si hay varios arrendadores todos y cada uno de ellos deben responder de la totalidad del hecho debido.

La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación depende, pues, de la naturaleza misma del objeto de ella y no de las estipulaciones de las partes.

5.11 OBLIGACIONES ACUMULATIVAS. La obligación tomaba este nombre cuando había varios objetos que vinculaban al deudor a otras tantas obligaciones diferentes exigibles a la vez.

5.12 OBLIGACIONES ALTERNATIVAS. Eran las que recaían sobre dos o mas cosas pero no acumulativamente si no disyuntivamente, es decir, que si el deudor entregaba una de las cosas, cumplía con la obligación y no estaba obligada entregar la otra. Aquí prima el consentimiento de las partes.

5.13 OBLIGACIONES FACULTATIVAS. En este caso no había sino un solo objeto, pero el deudor estaba facultado para librarse de la obligación entregando otra cosa, que estaba in facúltate solutionis.

VI

Modalidades de las Obligaciones

TESIS VI

Estas eran el término y la condición.

TÉRMINO: Es la consecuencia del acuerdo de voluntades, es la fecha que se señala para el cumplimiento de la obligación; es un hecho futuro y cierto del cual depende la extinción o el ejercicio de un derecho.

CLASE DE TÉRMINOS: Suspensivo, resolutorio, expreso, tácito, cierto, incierto, lícito e ilícito.

SUSPENSIVO: Consiste en señalar un día fijo o una fecha determinada para cumplir una obligación. En Roma se acostumbraba a extinguir las obligaciones poniendo por término las etapas o períodos del año, así por ejemplo, una obligación contraída en invierno se ponía como término suspensivo el otoño.

RESOLUTORIO O EXTINTIVO. Esta clase de término era más bien para cancelar la existencia misma del derecho que la exigibilidad de la obligación. En principio no fue aceptada por el derecho civil, si no por el pretoriano por razón que la obligación era una relación jurídica permanente y no podía extinguirse por el tiempo si no por el pago. Ejemplo: esta suma se le pagó en tres etapas, en el transcurso de un año.

Transcurrida las tres etapas, la obligación se extinguía aunque no se hubiera verificado el pago, por el mismo hecho del acuerdo de las partes.

EXPRESO: Cuando las partes lo acuerdan expresamente.

TÁCITO: Cuando es el que se necesita indispensablemente en la ejecución de una obra.

CIERTO E INCIERTO: Es cierto cuando se sabe que debe llegar. Es incierto no se sabe si tendrá lugar o no.

LICITO E ILÍCITO: Será lícito cuando no es contrario a la ley, e ilícito cuando es contrario a la ley.

OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLES: Son aquellas que como su nombre lo indican no están sometidas a modalidad alguna; cuando la existencia y ejecución nunca sean suspendidas

y desde su nacimiento se desenvuelven normalmente. Ejemplo, la venta de contado de un bien.

CONDICIÓN: Este término proviene del latín "condere" que se significa: Fundar. Es un elemento necesario fundamental para la existencia de la obligación. Y es un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho.

CLASES DE CONDICIONES: Suspensiva, resolutoria, expresa, tácita, positiva, negativa, potestativa, casual, mixta, lícita e ilícita.

SUSPENSIVA: Es propiamente la condición, es aquella que constituye la obligación en mera expectativa hasta tanto se dé la condición.

RESOLUTORIA: Es aquella que esta destinada a finalizar o extinguir la obligación.

EFECTOS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA: Antes de cumplirse la condición resolutoria subsiste la obligación pero apenas se cumple la condición se extingue la obligación. Esta clase de condición no fue admitida en el Derecho Romano por que la obligación era una relación jurídica permanente que no podía extinguir por el transcurso del tiempo (prescripción), sino por el pago. Fue una institución de derecho pretoriano y no de derecho civil, y solo fue aceptada al final de la época clásica y en la época de Justiniano.

EXPRESA: Cuando se pacta en la convención o acuerdo de las partes, directamente,

TACITA: La que es inherente a la convención.

POSITIVA: Aquella mediante la cual el hecho puede llegar a realizarse; Ejemplo: Si haces tal cosa...

NEGATIVA: Cuando el hecho de la convención no debe realizarse, cumpliéndose así la condición. Ejemplo, si no te casas…

POTESTATIVA: Cuando depende de un hecho de la voluntad de la persona que se obliga. Ejemplo: Quien obtenga la mejor nota le obsequio el Código Civil (ejemplar).

CASUAL: Cuando no depende de la voluntad de la persona que se obliga, o del caso. Ejemplo, si llueve.

MIXTA: cuando depende de la voluntad de la persona que se obliga, de un tercero o del acaso.

LÍCITA: La que esta conforme al derecho. Ejemplo: si apruebas el curso.

ILÍCITA: La que es contraria a la ley. Ejemplo: Si matas a Juan..

¿TIENE VALIDEZ EL PAGO ANTES DE VENCERSE EL TÉRMINO? Si tiene validez, siempre que el acreedor lo haya admitido así.

VII

Forma de la Representación

TESIS VII

En la época clásica existió la representación para asuntos judiciales con procuradores para litigar.

Representar es llevar sobre si el papel de otra persona mediante una identidad jurídica.

7.1 REPRESENTACIÓN DE PERSONAS QUE SE HALLABAN BAJO PATRIA POTESTAD

Sólo en los alieni juris no se aplicaba la tesis general de la no representación, así, los alieni juris podían representar al jefe de la familia; unos y otros formaban una sola personalidad.

7.2 ¿FUE ADMITIDA LA REPRESENTACIÓN EN MATERIA CIVIL Y CONTRACTUAL?

En Roma en materia civil y contractual no existió la representación; el mandato no implicaba representación alguna. El mandatario cuando actuaba en favor de otra persona (mandante), estaba obrando en su propio nombre y en caso de acción civil se demanda al mandatario y no al mandante.

Así por ejemplo, en caso que se quisiera vender un bien por intermedio del mandatario, tenía que enajenarse primeramente al mandatario, ya que no existía, como se ha dicho, representación en materia contractual.

Así lo dice el aforismo romano: NIHIL ADQUIRITUR PER EXTRANEAM PERSONAE NISSI POSSESIO (nada puede adquirirse por extraña persona excepto la posesión). Los artículos 778 y 2521 C.C. colombiano parecen estar basados en este aforismo romano, ya que permiten sumar a la posesión actual la posesión anterior para efecto de la adquisición por prescripción.

7.3 ¿QUIENES ERAN PERSONAS EXTRAÑAS?

Jurídicamente hablando, en Roma no solo eran personas extrañas los que no eran parientes, los esclavos, si no los mandatarios, los llamados hoy apoderados. Solo se consideraban vinculados los que estaban bajo potestad del jefe de familia.

La mujer cuando el matrimonio era CUM MANU, es decir, cuando salía de patria potestad de su páter, era considerada extraña al marido, o sea, extraña persona.

7.4 REPRESENTANTE Y MANDATARIO EN ROMA Y EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Ya se ha dicho que en las dos primeras etapas en Roma el mandatario nunca tenía la representación del mandante y que actuaba por su cuenta y riesgo, y por tal, las obligaciones que se contraían, recaían sobre éste último.

En nuestro derecho, si existe la representación, y para tal efecto el: PODER ESPECIAL: que es el que se confiere para que el representante actúe exclusivamente para una determinada acción (una cosa es el poder para obrar y otra cosa para recibir).

7.4.1 ¿QUE ES REPRESENTAR?

Es llevar sobre si el papel de otra persona mediante una identidad e interés jurídico.

7.4.2 MANERA DE ACTUAR DEL MANDATARIO EN ROMA PARA OBTENER UN PRESTAMO

Si un mandatario necesitaba dinero para el desarrollo de los negocios del mandante, al tomar ese dinero prestado, tenía que contratar en su propio nombre y al exigir al prestamista la devolución del dinero, tenía que demandar al mandatario, aunque el dinero era para beneficiar al mandante. Si el mandante quería darle el poder al mandatario para vender, tenía que transferirle la propiedad.

7.4.3 ¿QUE OTRAS PERSONAS ERAN EXTRAÑAS EN ROMA?

También eran extrañas personas, no obligando sus actos a las personas en cuyo favor se hacían: los agentes oficiosos, los tutores y curadores.

En Roma si no había representación en los contratos, mucho menos lo había en la Agencia oficiosa, que se caracterizaban precisamente porque quien inicia la acción lo hace por su cuenta y riesgo. El requisito esencial para la gestión oficiosa surta sus efectos jurídicos es que se ratifique por escrito ante el juez respectivo por parte de la interesada. Los tutores y curadores no eran representantes ya que solo ejercían actos de administración; servían en Roma para la gestión (administración de bienes) y prestar la autoritas para aquellos actos en que había que intervenir el pupilo mismo. En nuestro derecho los tutores y curadores son representantes legales del pupilo.

7.4.5 ACCIÓN UTIL

Propia del derecho pretoriano; era la que tenía la persona que había contratado con el mandatario, para dirigirse contra el mandante. Se presenta ya al final de la época clásica o principio de la época de Justiniano.

7.4.6 EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA NO REPRESENTACIÓN

Tales excepciones, como ya se ha dicho, son la de los alieni juris que representaban al jefe de la familia, el de la mujer en matrimonio in manu y en el caso de la posesión de donde los romanos decían que respecto al corpus el mandatario podría representar al mandante, pero no así en lo referente al animus.

7.5 QUE SE ENTIENDE POR TRASPASO DE LAS ACREENCIAS. QUE SE LLAMA CESIÓN DE UN CREDITO

Se llama cesión de un crédito el acto por el cual el acreedor lo transfiere a un tercero. El acreedor que consiente se llama cedente, el que la aprovecha se llama cesionario. Los romanos no permitían la cesión de crédito a titulo personal; consideraban que las acreencias constituían una relación jurídica inalterable entre dos personas determinadas. Como la legislación romana presentaba una serie de inconvenientes, los pretores y los jurisconsultos romanos buscaron caminos que modificaran los principios establecidos para hacer las reformas, sin derogar los mismos.

7.6 LA NOVACIÓN

La palabra novación viene de "novum", es decir, algo nuevo; consistía en el cambio de la causa de la obligación, cambio del sujeto activo o acreedor, cambio del sujeto pasivo o deudor. Fue un medio empleado por los romanos, el traspaso debía hacerse en forma solemne.

En nuestro Derecho Civil, Artículo 1687 C.C. nos dice que: La novación es la sustitución de una obligación a otra anterior, la cual queda por tanto, extinguida.

Para ceder un crédito se valía de este medio, debiendo concurrir tres personas: El primer acreedor, el nuevo acreedor y el deudor cedido; debiendo concurrir las tres voluntades. Al reunirse los tres, el nuevo acreedor interrogaba al deudor en forma de stipulatio verbis. El

medio tenía ventajas e inconvenientes: sus resultados eran definitivos, el crédito entraba en el patrimonio del cesionario. Constituía él un derecho propio. Entre los inconvenientes estaban: no se podía hacer sino entre personas presentes, ni entre sordos o mudos; era indispensable el concurso del acuerdo de las tres voluntades; el antiguo crédito desaparecía con todos los accesorios que lo garantizaban. Por cambio de acreedor no podía el deudor oponerse.

7.7 TRANSCRIPTIO A PERSONA IN PERSONAM

No debe confundirse con la novación, en el fondo era algo parecido a la novación siendo sus efectos iguales. Se verificaba en el cambio de la persona y no del objeto.

VIII

Extinción de las Obligaciones

TESIS VIII

La regla en Roma era la de que los contratos se extinguían por los mismos medios que servían o sirvieron para crearlos. "Las obligaciones se extinguían por un modo análogo a aquel con que se formaron". Así por ejemplo, para extinguir una obligación creada por stipulatio se hacía por la aceptilatio. Si la obligación se había originado con un contrato literis, se anotaba una inscripción contraria en la codex. En los primeros tiempo era necesario celebrar una ceremonia opuesta, pero con el mismo ritual. Si la obligación ha sido contraída en forma solemne, no bastaba el pago por si solo para extinguir la obligación. En los contratos consensuales bastaba el mutuo disentimiento de las partes para extinguirlos.

8.1 MODO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En Roma los medios de extinción de las obligaciones eran: unos de derecho civil y otros de derecho pretoriano. Los primeros extinguían las obligaciones ipso jure y los segundos por vías de excepción. Los modos del derecho civil eran: El pago, la novación, la aceptilacion, el mutuo disentimiento, la pérdida de la cosa debida, confusión.

8.1.1 LOS MODOS IPSO DE EXTINCION: Estos se efectuaban por el ministerio de la ley, el magistrado podía en un pleito, instancia in jure, dar por extinguida la obligación. En estos casos se decía que había un medio de defensa y no excepción perentoria, lo cual exigía un debate posterior. Conforme al artículo 1625 C.C. Colombiano: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además, en todo o parte:

1) Por la solución o pago efectivo;
2) Por la novación;
3) Por la transacción;
4) Por la remisión;
5) Por la compensación;
6) Por la confusión;
7) Por la pérdida de la cosa que se debe;
8) Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
9) Por el evento de la condición resolutoria;
10) Por la prescripción.

8.2 DIFERENCIA ENTRE LA COMPENSACIÓN Y LA CONFUSIÓN

En la compensación hay dos personas deudoras una de la otra, aquí la deuda o crédito más pequeño se extingue por completo y el crédito mayor hasta concurrencia del más pequeño, si las deudas son iguales quedarán ambas extinguidas.

En la confusión concurren en una misma personas las calidades del acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago.

8.3 EL PAGO

Tanto en Roma como en nuestro derecho el pago es la mejor forma de la extinción de las obligaciones. El pago consiste en la ejecución del compromiso, es la prestación de lo que se debía, era la solutio debiti en sentido propio.

En nuestro derecho civil el pago se comprueba luego de haber sido demandado y efectuado, se extingue la obligación llamándose por ello solución o pago. Por ello existe en nuestro derecho la excepción total o parcial del pago, pero hay que esperar que se demande para invocarla. En el Derecho Romano el pago era una defensa y no una excepción, porque el deudor comparecía directamente ante el pretor sin haber sido demandado y haber quedado enterado del pago, él podía declarar cancelada la deuda.

¿QUIÉN PODIA PAGAR? Cualquier persona puede hacer el pago y el acreedor no podía exigir nuevo pago. El pupilo, incapaz de hacer su condición peor, no podía pagar sin la autoritas del tutor. Si pagaba el tutor, el pago era válido.

¿A QUIEN SE PODIA PAGAR? En Roma había que hacer el pago al acreedor si éste era capaz, o a la persona autorizada para recibir. Se podía hacer el pago al tutor, al curador.

¿QUE DEBIA PAGARSE? En esta materia tenían los romanos dos principios:

1) El deudor debía pagar la cosa debida.
2) Debía pagarla íntegramente.

Existía en Roma la datio in solutio que era dar en pago otra cosa distinta de la debida, con la venia del acreedor.

En nuestro derecho se sigue más o menos la misma medida en los artículos 1648 C.C. colombiano y S.S. Así vemos como el artículo 1649 se estipula:

"El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se deba, salvo el caso de convención contraria y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales".

"El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

CUANDO Y DONDE SE DEBE PAGAR? La convención de las partes podía fijar la fecha y el lugar del pago. En cuanto al lugar, cuando no había convención en Roma los cuerpos ciertos, había la obligación de entregarlo en el lugar que se hallaren y las cosas de género en el domicilio del deudor.

En Roma se podía pagar lo que se debía, ni más ni menos, y sólo cuando se incurría en mora se le podía imputar un pago mayor que lo que debía por los intereses de mora. En Roma como en nuestro derecho el pago no era solemne, pero inicialmente estaba sujeto a solemnidad.

LA NOVACIÓN: La novación es la noción jurídica de un acto por medio del cual se da por extinguida una relación jurídica anterior para sustituirla por otra; ésta se hacía en un mismo acto y tenía que ser por la stipulatio verbis. Estipular y pactar, en el derecho moderno, es una misma cosa; pero en Roma estipular tenía una significación técnica especial, ésta era la de un contrato hecho por palabras solemnes. Como lo exigía necesariamente, la transcriptio litteris no era una verdadera novación. Ni el cambio de un depósito por mutuo acuerdo de voluntades era tampoco una novación porque no se había hecho por estipulatio verbis.

VENTAJAS DE LA NOVACIÓN: Sus resultados eran definitivos, el crédito entraba en el patrimonio del cesionario y constituía para el un derecho propio. Facilitaba las cesiones de crédito.

La estipulatio de lo debido por causa de un contrato no solemne de este modo se convertía en solemne.

Adición de Garantías: Habremos de suponer que la obligación no esta respaldada por fianza, para constituirla era necesario que la obligación fuera solemne y para ello se novaba previamente.

Si la obligación fuera pura y simple y se quería agregar alguna condición lo cual tenía que hacerse por medio de una novación.

EFECTOS DE LA NOVACIÓN:

Como primer efecto, podemos señalar el hecho que se extinguiera la primera deuda, la obligación principal y las accesorias. El segundo efecto, se refiere a la mora del deudor, la novación de la deuda redimía al deudor de la mora en que hubiere incurrido. El tercer efecto, era la creación de una nueva obligación, la primera quedaba extinguida. El cuarto efecto, era la delegación a cambio del deudor por otro, así, una persona se comprometía en hacerse cargo de una deuda de otra si el acreedor aceptaba, se hacía por medio de estipulación o contrato litteris.

CONDICIONES QUE EXIGIA LA NOVACIÓN:

1) Existencia de una primera obligación.
2) Existencia de una segunda obligación, creada precisamente por una estipulación y simultáneamente al querer extinguir la primera obligación.
3) Intención de novar claramente manifestada.
4 Se necesitaba que la obligación tuviera un elemento nuevo, pues de lo contrario no había novación porque se dejaban las cosas en el mismo estado que tenían.

Esta operación era restringida porque en Roma no había cambio en el objeto, el que tenía que ser el mismo en la obligación.

En nuestro derecho si se puede novar por cambio de objeto como también el cambio del deudor. En Roma la novación solo podía consistir en el cambio del deudor o de acreedor y aún en el cambio de causa de la obligación.

MUTUO DISENTIMIENTO: Era la tercera forma de extinguir la obligación en el derecho civil y operaba únicamente cuando se trataba de obligaciones originadas en contratos consensuales. Para que el mutuo disentimiento extinguiera la obligación era necesario además de que fuera un contrato consensual, que el contrato estuviera ya formalizado o realizado y que las obligaciones no se hubieran extinguido por los medios estipulados por la ley.

PERDIDA DE LA COSA: Para que la perdida del cuerpo u objeto se considere como una forma de extinción de la obligación debía distinguirse entre cuerpo cierto y cosas de género.

Para tal efecto debía darse los siguientes requisitos:

1) Que la cosa debida fuera cuerpo cierto
2) Que la pérdida fuera por caso fortuito o fuerza mayor y
3) Que el deudor no hubiera asumido los riesgos de la pérdida de la cosa.

LA CONFUSION: Es un fenómeno jurídico consistente en la reunión en una sola persona de las calidades de deudor y acreedor que antes había estado en dos personas distintas; por ejemplo si a la muerte de una de las dos personas la otra viene a ser su heredero, se extingue la obligación por confusión ya que nadie puede ser deudor - acreedor de si mismo.

Para esto se necesitaba que fuera heredero único porque si había varios herederos, los bienes, deudas y acreencias del causante se distribuían a prorrata entre ellos. Si hay cuatro herederos y en los bienes de la sucesión hay una obligación a cargo de uno de ellos, la obligación se extingue en una cuarta parte.

Si el caso es lo contrario, uno de los herederos es acreedor del difunto, no perdía el derecho a cobrar a los otros herederos, por cuanto el pago de las deudas había que hacerse a prorrata. Esto no ofrecía grandes dificultades cuando el fenómeno jurídico se efectuaba entre el acreedor y un solo deudor, pero hay variedades de especies en obligaciones en que otra persona se obliga, ya como deudor solidario, accesorio o fiador; se presentaban tres problemas a saber:

1) Si la confusión con el deudor principal extingue la obligación del deudor accesorio.
2) Si la confusión efectuada con uno de los deudores solidarios extingue la de los otros deudores solidarios, y
3) Si la confusión efectuada con un deudor accesorio extingue la obligación principal.
4) Si se extingue la obligación del deudor principal es evidente que se extinguen las que son accesorias.

Las deudas solidarias y mancomunadas son aquellas en que todos los deudores son responsables por el todo, en estas deudas aunque la obligación es una, sin embargo, si se efectúa la confusión con cualquiera de los deudores, la obligación subsiste para los demás.

Supongamos que la confusión se efectúa cuando el acreedor es heredero del deudor accesorio, es decir, un fiador, claro es que se extingue la fianza, pero la obligación principal subsiste, porque lo principal no sigue la suerte de lo accesorio. (En C.C.Ver Art. 1724 a 1728).

IX

Modo de Extinción de las Obligaciones por Vía de Excepción

TESIS IX

Eran:

1) La compensación
2) El pacto de non petendo
3) El pacto de constituto
4) El lapso de tiempo
5) La litis constestatio
6) El concurso de causas lucrativas

Estos modos no se podían invocar por el deudor antes de ser demandado, por que era menester hacerlos valer en juicio como excepción perentoria.

9.1 LA COMPENSACIÓN

Se llama compensación el fenómeno por el cual dos personas son deudores y acreedores recíprocamente, el crédito más pequeño se extingue y el más grande hasta concurrencia del pequeño.

Se llama compensación por que la ley presume que hay dos personas que son a la vez deudores y acreedores; la compensación presume la exigibilidad de la obligación por que la demanda también la presume.

EN EL DERECHO ANTIGUO: Como regla general la compensación no existió en las primeras etapas del derecho; quien quería compensar debía presentar demanda, y el deudor a su vez presentar una contra demanda, pero se aceptó en tres casos: A) Compensación de argentarius. B) Deductio Emptor Bonorum y c) Compensación para las acciones de buena fe.

9.4 COMPENSACIÓN DE ARGENTARIUS

Consistía en que si los banqueros al prestar dinero a una persona ésta era deudor anterior, se deducía la cantidad debida del nuevo crédito. El banquero en sus cuentas no podía cobrar a sus deudores sin hacer compensación con lo que él les debiera. No era obligado a compensar sino cuando las dos deudas estaban vencidas y tenían por objeto cantidades semejantes.

DEDUCTIO EMPTOR BONORUM

Emptor bonorum era el rematador de bienes del deudor insolvente. En el Derecho Romano como en el nuestro existió el remate de los bienes del deudor insolvente. Pero si el emptor bonorum que podía rematar en su totalidad el patrimonio del deudor insolvente o defraudador, era un sucesor a titulo universal, por consiguiente lo era también en las obligaciones, de tal modo que en caso de deuda del ejecutado, estaba obligado a cubrirlas y si tenía créditos de él podía cobrarlos. Cuando el emptor bonorum demandaba a un deudor suyo que al mismo tiempo era acreedor del defraudador no podía cobrar sus acreencias adquiridas en el remate, había lugar a compensación y era el juez quien hacía la deductio.

9.5 COMPENSACIÓN PARA LAS ACCIONES DE BUENA FE

Se denominaban así las que provenían de contratos de buena fe que habían sido regulados por disposiciones del derecho pretoriano. Además de los casos expresados, en el derecho común, se admitía la compensación en los contratos de buena fe, cuando los créditos tenían causa idéntica, que era el mismo contrato. Ejemplo: el mandatario perseguido por el mandante podía oponer en compensación los gastos que hubiera hecho en el desempeño de su mandato.

Hay autores que no están de acuerdo con esto porque se presume que todos los contratos son de buena fe.

En el art.1714 CC se consagra la compensación, pero para interponer la compensación es necesario ser demandado, es decir, que en nuestra legislación se sigue exactamente lo que establecía el derecho pretoriano en Roma.

EPOCA DEL EMPERADOR MARCO AURELIO: Aquí se admitió que la compensación podía operar aun en los contratos de derecho estricto, es decir, no solo en los contratos de buena fe; exigiéndose tan solo que versaran sobre un mismo objeto.

EPOCA DEL EMPERADOR JUSTINIANO: En esta época se generalizó el fenómeno de la compensación. Entre las innovaciones dadas por Justiniano tenemos:

a) Declaró la compensación ipso jure, es decir, la trasladó del derecho pretoriano al derecho civil, de pleno derecho.

b) La hace extensiva tanto a las acciones reales como a las acciones personales.
c) Exigía que el crédito que se fuera a compensar fuera conocido previamente.
d) Prohibió expresamente la compensación al depositario, porque el contrato de depósito en Roma era en forma o título gratuito, por eso prohibió que el depositario pudiera vender algunos bienes puestos en depósitos para compensar algunos gastos.
e) Exigía que el crédito opuesto por el demandado debía ser fácil de conocer en su existencia y extensión.

En Roma la compensación nunca tuvo lugar "por el solo ministerio de la ley". En nuestro C.C. se consagran en los Arts.1715, 1719 y 1721.

PACTO DE NON PETENDO: Contemplado en nuestra legislación en el Art. 1711 C.C., en Roma el pacto de non petendo tenía dos finalidades: 1) era algo por el cual el acreedor le concedía al deudor un plazo (Pacto de no pedir) ó 2) el acreedor le hacía remisión de la deuda (perdonar).

El pacto de non petendo se hacía en forma secreta o privada, no ante el pretor y sus efectos eran relativos o precarios, porque el acreedor podía violar el pacto considerando que la deuda subsistía y demandar al deudor el pago de ella; solo entonces podía el deudor invocar la excepción de pago por el pacto de non petendo, pero debe decirse que si lo que había ocurrido era una remisión o un plazo adicional para el cumplimiento de la obligación.

PACTO DE CONSTITUTO: Es una institución pretoriana que tuvo sus dos efectos: uno como medio de defensa y otro para tomar la iniciativa. Este pacto exoneraba al deudor del pago de los intereses de mora en que se había incurrido antes de constituirlo. El pacto de constituto consistía en señalar un día para el pago de una obligación; supongamos que A es acreedor de B y éste está en mora, para evitar efectos de la mora venía el arreglo privado por el cual se le concedía una prórroga comprometiéndose que en tal fecha pagaría; esto era un pacto de constituto.

El acreedor no obstante este arreglo podía atenerse a la antigua relación jurídica en derecho estricto, porque el pacto de constituto no producía efectos ipso jure. Así en caso que el deudor adujera excepción perentoria al ser demandado por el acreedor ateniéndose éste a la antigua relación, el acreedor obtenía sentencia a su favor. Pero si el deudor alegaba y comprobaba la existencia del pacto, quedaba desvirtuada la demanda del acreedor.

LAPSO DE TIEMPO: Los romanos, como ya estaba dicho, no aceptaron el término resolutorio, o sea, el principio de que las obligaciones se extinguirán por el correr del tiempo. No se podía por tal, invocar el lapso de tiempo como excepción, para extinguir la obligación (prescripción extintiva).

Fue solo en la época clásica del derecho romano cuando vino a admitirse el término y la condición resolutoria. Para el establecimiento de la prescripción extintiva había una razón de equidad y era la que el no hacer valer un derecho de acreencia por abandono, equivalía a una renuncia tácita; además el hecho de que las viejas teorías que no lo admitían daban lugar a perturbaciones por lo interminable de los negocios. Cuando se admitió esta extinción, se reguló como excepción que no producía efectos sino era invocada.

En nuestra legislación art. 2513 C.C. Se dice: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio".

DIVISIBILIDAD O INVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES: El término divisible o indivisible de las obligaciones, consiste en que el objeto pueda o no dividirse. Depende pues, es de la naturaleza misma de las obligaciones y no de la voluntad de las partes. Así por ejemplo, la obligación del arrendador como es la de entregar al arrendatario el uso y goce del bien, es indivisible. Mientras que la obligación del arrendatario como es la del pago, puede dividirse en uno o varios contados.

X

Obligaciones Correales

TESIS X

Estudiadas en nuestro código en el Art. 1579 C.C. Las obligaciones correales se caracterizan por:

1) La unidad del objeto;
2) La pluralidad de vínculos jurídicos.

Las obligaciones correales (Solidarias C.C.) son aquellas que obligan in sólidum, como en el caso del fiador que esta obligado solidariamente con el deudor principal. Cuando desaparece la obligación accesoria subsiste la principal. Los fiadores son deudores accesorios y están obligados a responder por el incumplimiento del deudor principal o responder conjuntamente porque la obligación es in sólidum.

Las obligaciones correales pueden presentarse en tres formas:

1) Correalidad Activa;
2) Correalidad Pasiva y
3) Correalidad Mixta.

Era activa aquella en que había varios acreedores ante un solo deudor. La pasiva es lo contrario, es decir, varios deudores ante un solo acreedor. La Mixta era aquella que presentaba la pluralidad de sujetos activos y pasivos, varios acreedores y varios deudores.

En el caso de la correalidad activa bastaba con que se extinguiera la obligación a uno solo de los acreedores y se extinguía la obligación, quedando por fuera de la relación jurídica. Debiendo el acreedor que recibe dividir lo recibido con los demás acreedores, para ello se tenía en cuenta en Roma lo siguiente:

a) Si se trata de una sociedad de la cual era parte el acreedor con otros existían en este evento la acción prosocio de los otros socios en contra del acreedor que recibió el pago.
b) Si lo que existía era una comunidad de bienes; para defender los intereses de los otros comuneros, existía la acción de división de bienes comunes. Nadie está obligado a mantenerse en comunidad.
c) Si lo que existía era un contrato de mandato, que era sui generis, se aplicaba el mandato por cuenta y riesgo del mandatario, se ejercía contra él la acción mandati directa. En el caso de la correalidad pasiva (Varios deudores ante un solo acreedor) si pagaba un

solo deudor extingue la obligación por todos. En nuestro derecho se produce una subrogación total del crédito con el que lo pide al juez, del documento que se acredita el pago, más los gastos, con el fin de iniciar la acción contra el deudor que no pagó.

En Roma había que hacer cesión expresa del crédito por el pretor cuando un fiador pagaba por otro con el cual podía ejercer acción contra los demás deudores por lo que él pago.

En nuestro derecho el artículo 1960 C.C., dice: "La cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificado por el cesionario al deudor o aceptada por este".

Para los fiadores en Roma existía el beneficio de la división y el de la excusión. Lo que persigue la obligación correal es determinar la forma en que se va extinguir la obligación. De allí que los efectos de ellas, como ya hemos visto, se estudiaban desde tres puntos de vista: 1) Relaciones jurídicas entre deudores y acreedores; 2) Relaciones jurídicas de los acreedores entre si; 3) Relaciones jurídicas de los deudores.

10.1 FUNDAMENTO DE LAS OBLIGACIONES CORREALES Y MANERA DE CONSTITUIRSE EN ROMA

Estas obligaciones tenían su fundamento en la voluntad de las partes manifestadas por medio solemne, por medio de lastipulatio verbis.

En Roma la correalidad activa se hacía así:

A,B y C, son acreedores de D (por stipulatio) pero para constituir la correalidad se necesitaba una manera especial de estipulación, así cada uno de los acreedores (A,B y C), preguntaban a D: prometes darme tanto solo a la última pregunta, o sea la de C,D, contestaba por una sola vez "prometo" y así cualquiera de los tres acreedores podría cobrar el deudor la suma íntegra y con tal que el deudor pagara a cualquiera de ellos, quedaba extinguida la obligación.

10.2 NATURALEZA INTRINSECA DE LA CORREALIDAD

Como ya esta dicho, los romanos sintetizaron la correalidad en estos dos términos: unidad de objeto y pluralidad de sujetos o de vínculos. Unidad de objetos por que la obligación es una sola; de modo que si uno de los deudores pagaba, quedaba extinguida la obligación.

De la pluralidad de los vínculos resultaba que cada obligación eran diferentes de las otras, desde el punto de vista de su formación y de sus garantías accesorias.

10.3 DIVISIBILIDAD DE LA DEUDA ENTRE LOS HEREDEROS DE LOS DISTINTOS ACREEDORES

Supongamos que A, B y C, son deudores mancomunados de X, que muere dejando muchos herederos; la obligación de estos no es mancomunada pues para lo que fuera sería menester que esa condición les fuese impuesta por el testador. No sucedería esto en la obligación indivisible, pues ese carácter pasaría a los herederos de A.

Veamos que ocurría con la acción del acreedor: En las obligaciones mancomunadas que no imprimen tal carácter a la obligación de los herederos el acreedor X tendría que dividir su acción para cobrar por cuotas a los herederos de A, cuando eligiera a éstos en el lugar de los codeudores (A y C).

No sucedía lo mismo en las obligaciones indivisibles; de acuerdo con el aforismo romano "concursu partes fiunt", el heredero como continuador de la persona del decujus, estaba obligado a responder de todas las deudas hereditarias y por consiguiente si había un solo heredero, éste tenía que responder in sólidum con los codeudores mancomunados del causante; pero cuando había varios herederos, la responsabilidad tenía que repartirse entre ellos por cuotas, esto aun cuando la obligación del causante fuese mancomunada.

Cuando el objeto de la obligación era indivisible, la responsabilidad no podía dividirse entre los herederos y por consiguiente tampoco podía dividirse la acción del acreedor sino dirigirse contra los herederos en común.

En el art. 1580 del C.C., se dice: "los herederos de cada uno de los deudores solidarios son entre todos, obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponde a su porción hereditaria"

10.4 OBLIGACIONES SOLIDARIAS. CARACTERISTICAS DE ESTAS OBLIGACIONES

Es decir, por el total. Estas obligaciones son distintas a las correales que tenían por causa la voluntad de las partes manifestadas en forma solemne. Las obligaciones solidarias (in solidum) tenían por causas otras fuentes, a saber:

1) Los delitos y las culpas; cuando un delito era cometido por dos o más personas, la obligación civil de resarcir los perjuicios causados por el delito recaían in solidum sobre todos y cada uno de los que lo habían cometido.
2) Los depositarios y comodatarios que por su culpa o dolo destruían o dejaban deteriorar la cosa que se les había entregado, respondían in solidum.
3) Los coautores administrativos de las ciudades, o de otras comunidades o corporaciones que administraban mal los intereses que se le han confiado.

Otra distinción que hacían los romanos era que en las obligaciones correales había lugar a la correalidad activa y pasiva, más no había lugar a que los ofendidos pudieran, como acreedores solidarios, cobrar la totalidad del perjuicio sufrido por el delito o cuasidelito cometido, sino únicamente los perjuicios sufridos por cada uno de los acreedores; no había pues solidaridad activa si no solamente pasiva.

Las obligaciones in solidum permitían al acreedor perseguir a cada uno de los deudores por el total de la obligación y el pago hecho por alguno de ellos libera a todos los demás. El deudor solidario perseguido por todo, gozaba en ciertos casos excepcionales del beneficio de división.

XI

Obligaciones Accesorias

TESIS XI

En cuanto a las obligaciones accesorias éstas podían presentarse en Roma en dos formas: como acreencias accesorias y como deudas accesorias. Las obligaciones accesorias hay que relacionarlas en el término de AD- STIPULATOR, era el calificativo que en Roma se le daba al acreedor accesorio y AD- PROMISSIO al deudor accesorio.

El ad-stipulator era la persona que se comprometía o estipulaba para sí mismo el objeto de la acreencia principal. Para que se pudiera constituir la acreencia accesoria se hacía en forma oral con la pregunta IDEM DARE SPONDES: prometes dar la misma cosa? Hecha por el ad-stipulator y que debía responder afirmativamente el deudor. Como era un acreedor accesorio si se extinguía la acreencia principal se extinguía la accesoria. Si se pagaba al acreedor accesoria se extingue la obligación. Si la acreencia principal era nula, la accesoria también lo era. Si la obligación principal era a plazo, la accesoria no podía extinguirse como una obligación pura y simple.

El acreedor accesorio debía exigir la obligación en los límites de las facultades que había recibido, no podía hacerla más gravosa, pero sí podía hacerla menos gravosa corriendo esos riesgos.

Existía una acción que tenía el acreedor principal contra el acreedor accesoria que se denomina ACTIO LEGIS AQUILAE, cuando el acreedor accesorio no quería o no rendía las cuentas al acreedor principal.

Posteriormente y cuando ya existió el contrato de mandato, se crearon dos acciones para demandar; el mandante contra el mandatario tenía la ACCION MANDATI DIRECTA y la del mandatario contra el mandante, MANDATI CONTRARIA.

El acreedor accesorio no podía transmitir el crédito a sus herederos sino que si moría el acreedor principal, rendía cuenta a los herederos de éste. El esclavo nunca pudo ser el acreedor accesorio porque no podía ser titular de derecho.

11.1 LAS DEUDAS ACCESORIAS

El deudor accesorio se llamaba en Roma AD-PROMISSIO y la Ad-promissio la definieron como toda promesa hecha en un contrato verbis. Es la génesis de la fianza y estaba destinada a satisfacer una obligación accesoria.

11.2 LA FIANZA EN ROMA

Inicialmente en Roma no podía garantizar el deudor accesorio la obligación sino mediante la sponsio y por consiguiente solo podían serlo los ciudadanos romanos. Por ello se creo otra forma en las obligaciones accesorias y fue la FIDE- PROMISSIO, para hacerla accesible a personas no ciudadanos romanos y posteriormente surgió lo que se conoce con el nombre de fianza.

También en Roma solo podían constituirse en deudores accesorios (ad-promisor), los ciudadanos romanos mediante la sponsio; posteriormente los peregrinos, por medio de la fide-promissio y finalmente cualquiera persona en una forma más amplia, como lo era la fide-jussio, que persigue garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

Si el deudor accesorio pagaba la obligación principal, se extinguía esta última. El deudor accesorio no podía pagar más que la deuda principal. Ni se le podía hacer más gravosa que aquella. En Roma se creó una ley llamada PUBLICIA que señalaba el procedimiento de la manus injectio y que consistía en requerir al deudor principal para que le pagara al deudor accesorio que había pagado; si no lo hacía procedía a venderlo como esclavo.

11.3 DISTINTAS CLASES DE FIANZAS

En Roma las fianzas eran solemnes y no solemnes. Las solemnes eran: La sponsio, La fide-promissio y La fide-jussio. Las no solemnes eran aquellas que la práctica comercial hizo que se otorgaran en formas consensuales, hecha por medio de los contratos de esa especie; estas fianzas no solemnes eran dos: mandato pecunia credentae y el pacto de constituto. El primero se otorgaba mediante el contrato de mandato. La segunda se celebra así: supongamos que una persona que le debe a otra una suma de dinero y para evitar que la asedien con el cobro una vez vencido el plazo, consigue una tercera persona que pida al acreedor una prórroga, señalando un día para pagar la deuda y haciéndose cargo de cubrirla si el deudor principal no paga en esa fecha. Esa tercera persona pide la prórroga sin tener ánimo de hacer una liberalidad; el deudor siempre quedaba obligado como deudor principal de la obligación pre-existente. Ahí tenemos un pacto de constituto, es decir que garantiza la deuda ajena.

11.4 BENEFICIO DE LA DIVISION

Se creó con el fin de hacer menos gravosa la situación del deudor accesorio y consistía en repartir la obligación entre los fiadores, siempre que uno de estos solicitara el beneficio.

11.5 BENEFICIO DE EXCUSION

Este beneficio existe aún en el derecho moderno y en nuestro Art.2383 de C.C., se lee: "El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él, se persigue la deuda en los bienes del deudor y en las hipotecas y prendas de éste, para la seguridad de la misma deuda".

BIBLIOGRAFÍA

ARGUELLO L. *Manual de Derecho Romano*. 1976. 635 p.

B RY G. *Nociones de Derecho Romano*. 1912. 455 p.

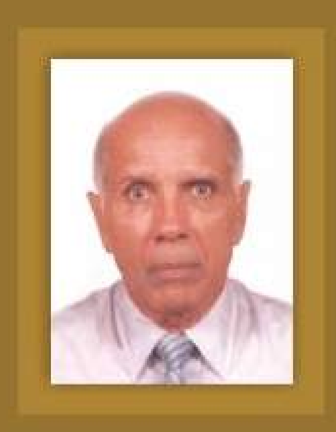
MARGADANT M. *Derecho Romano*. 1977. 529 p.

MEDELLIN C. *Lecciones de Derecho Romano*. 1982. 333p.

MONTOYA GOMEZ M. *Derecho Romano*. 1968. 247 p.

TRUJILLO ARROYO J. *Derecho Romano. Tomo II*. 1928. 117 p.

APUNTES DE DERECHO ROMANO



ALFONSO NIEVES GÓMEZ

Abogado titulado de la Universidad Libre. Se ha desempeñado como juez civil municipal, juez del circuito, juez de menores, Secretario de Gobierno Distrital, Contralor Distrital, Magistrado del Tribunal Superior (Sala Civil), profesor titular de la Universidad de Cartagena. Autor de los apuntes: Nociones Elementales de Derecho Romano.

